

【論 説】

「代理」規律改正のためのデッサン—民法（債権関係）
改正論議を契機として—（下）

伊 藤 進

目 次

はじめに

- 1 本人の「代理許諾意思表示」Ⅱ「代理適状」の発生・範囲・消滅
 - 2 本人・代理人・相手方の能力
 - 3 代理人による「顕名」
 - 4 「意思表示の効力に影響を及ぼすべき事実」と「代理なる法律行為」規律
 - 5 代理人による「信認関係」違背Ⅱ代理権濫用と利益相反行為規律（以上、八三卷六号）
 - 6 「代理権Ⅱ本人の代理許諾意思表示不存在」の場合の規律
 - 7 「無権代理」規律
 - 8 「代理権Ⅱ本人の代理許諾意思表示不存在リスク」規律と相統
 - 9 「表見代理」規律
- (1) 表見代理規律の必要性（以上、法律論叢八四卷一号）
- (2) 「表見代理」の法的構成論の再検討

- (3) 「表見代理」の法的効果
 - (4) 表見代理の統一化と類型的規律の必要性
 - (5) 本人の「代理許諾」表示と代理権授与表示の表見代理規律
 - (6) 本人の代理許諾意思表示「外」の代理権限「外」の行為の表見代理規律
 - (7) 本人の代理許諾意思表示消滅後と代理権消滅後の表見代理規律
- おわりに（以上、本号）

9 「表見代理」規律

(2) 「表見代理」の法的構成論の再検討

(v) 表見代理不法行為構成とその課題

民法典の起草者によると、民法一一〇条の表見代理についてはあるが、本人が、自己の権限を遵守しない不注意者を代理人に選んだ過失に注目し、第三者を保護するために設けた公益規定⁽¹⁾、あるいは取引の安全を保つため便宜上の理由に基づく変例規定⁽²⁾、であると⁽³⁾する。このことから、佐久間教授は、起草者は一一〇条を不法行為に対する特別の責任と解していたと指摘する。ドイツ代理法でも、Peters は、外見代理について、本人が表見代理人の行為の追認を拒絶するのは、権利濫用として、ドイツ民法八二六条の良俗違反の不法行為であるとする⁽⁴⁾。

また、浜上教授は、フランス代理法では、通説、判例は、表見代理を、本人が代理人による無権代理行為を放任して、第三者を契約締結に至らしめた点に、本人の不法行為があるので、損害賠償の方法として、本人が履行責任を負

うという考え方であると紹介する。⁽⁵⁾そして、浜上教授は、このような起草者の見解やフランス代理法での通説、判例、さらには Flume の見解に依拠しつつ、「表見代理を不法行為責任として構成すべきであると主張される」⁽⁶⁾。

これに対して、高橋教授は、Flume の見解に依拠していることについては、Flume の契約締結上の過失とみる見解に依拠するものであるが、Flume は、本人が無意識的に（過失によって）代理権の外観を生ぜしめたという例外的場合にのみ契約締結上の過失責任とみているにすぎない。民法一〇九条に該当するドイツ民法一七一（容認代理）は真正の代理権授与、外部的授權と解しているのとは異なると指摘する。⁽⁷⁾また、表見代理責任は本人の意思（私的自治）に基づく法律行為上の責任であり、人の態度をその者の意思にかかわりなく評価することによって法律上当然に生ずる不法行為責任ではないと批判する。⁽⁸⁾代理の法的構成を本人行為説に求める高橋代理論からの当然の批判であるが、このことは高橋代理論と同様、基本的には代理の法的構成を本人行為説に求める浜上代理論に対する法的構成上の齟齬を指摘するものとみることができる。しかし、代理の法的構成において私的自治の原則との整合の重要性は是認するとしても、表見代理責任の次元においても、それを貫徹しなければならぬかは疑問である。さらに高橋教授は、損害賠償の方法として特別に履行責任を負わせているが、過失に基づく法律行為上の履行責任はありえない。損害賠償の方法として特別に履行責任を負わせるテクニックだけでは超えがたい原理上の差異があると指摘する。⁽⁹⁾この点では、原島教授も、民法の責任原理と矛盾すると指摘し、同旨である。⁽¹⁰⁾

ところで、このような表見代理不法行為構成でも、「第一規律課題」次元での規律では、A・C間には当事者効果が発祥帰属しないとした上で、「第一規律課題」次元ではA対B対Cとして捉えていたものをA対Cの二当事者間規律に歪曲して、「効果意思」規範以外の二当事者間規範で処理する点は、権利外観理論と共通する。この点では、権利外観理論と同様の批判を受けるものである。それと共に、基本的には、本人の関与を、代理人による本人の「代理許諾意

思表示「代理権」不存在行為に際しての「過失関与」と捉え、このような本人の態様を不法行為と構成するものであるが、本人に過失があるというだけで不法行為を構成するとみてよいからである。わが国の不法行為法理によるときは、「違法性」も問われることになるのではないだろうか。また、Cの故意や過失態様によつては、表見代理責任が否定されるとする根拠づけも問題である。表見代理責任が不法行為責任であるとすれば、このような場合、表見代理責任は成立しているが、過失相殺されるにすぎないものと構成すべきではないかなど多くの疑念が残されている。ただ、表見代理責任を不法行為責任と構成したことはともかくとして、「効果意思」規範によつては対応できない次元の規律であると捉えたことは、権利外觀理論と同様に評価に値する手法であるといえる。

なお、今日の学説には代理行為者への信頼と人の見損ないを本人帰責根拠とする見解もみられる。⁽¹¹⁾これは、権利外觀理論と表見代理不法行為構成を結びつけた構成である。このことから、両者の構成に対する疑念を担うことになるが、そこでも評価されるのは、「表見代理」規律は、「効果意思」規範によつて規律されるものではないとの手法に立っているということである。

注

- (1) 梅謙次郎・民法要義巻ノ一 二八五―二八六頁（明治四一年・有斐閣書房）。
- (2) 富井政章・民法原論第一巻総論五一五頁（大正一一年・有斐閣）。
- (3) 佐久間・前掲書一七九頁。
- (4) 浜上則雄「110条の表見代理と登記代理」加藤一郎＝谷口知平編・新版判例演習民法1総則二三〇頁（昭和五六年・有斐閣）、白井・前掲書八一頁以下（Peters, Zur Geltungsgrundlage der Anscheinsvollmacht AcP 179 S.216ff.）。
- (5) 浜上則雄「表見代理不法行為説」阪大法学五九・六〇合併号六六頁以下。
- (6) 浜上・前掲（阪大法学五九・六〇合併号）六六頁以下。
- (7) 高橋・前掲書二七一頁。

(8) 高橋・前掲書二六九頁。

(9) 高橋・前掲書二七〇頁。

(10) 原島重義「法人の表見代理責任と不法行為責任」法政研究三六卷二一六合併号一八七頁。

(11) 谷口知平「判例批評」民商法雜誌四一卷一〇三—一〇四頁、星野英一・民法概論I二二六頁（昭和四十六年・良書普及会）。

(vi) 表見代理有権代理的構成とその課題

現行民法典中の代理規定の起草者である富井博士は、民法一〇九条について、スイス債務法及びドイツ民法第一章案に倣って外部的代理権授与を認める規定と説明する。⁽¹⁾岡松博士も、本条は代理権授与の方法を定めたもので「或ハ代理人ト或行為ヲ為ス可キ第三者ニ對シテ其意思ヲ表示スルニ依リテ之ヲ與フルモノトス」と解している。⁽²⁾これらの見解は、民法一〇九条表見代理を有権代理と解するものである。

ドイツ代理論においても、今日、表見代理を有権代理と構成する有力な見解が見られる。⁽³⁾臼井教授によると、まず、Flume が表見代理帰責における「私的自治」重視を訴えた表見代理法律行為構成をリニユアルすることによつて表見代理有権代理的構成を展開したとみる。Flume は、内部代理権授与行為（Vollmachtskundgabe）を法律行為たる外部代理権授与として構成し、「内部代理権授与ハ外部代理権授与」の新規導入、この両者いずれも法律行為による（代理権という）資格の証明行為（Legitimationsakt）であるという特異な革新的理論を基軸に表見代理法律行為構成の大胆なモデルチェンジを試みる一方で、表見代理の法律効果たる履行責任（Erfüllungshaftung）に着目し、私的自治への原点回帰を主張する。⁽⁴⁾Hopt は、Flume の見解を継承しながら、認容代理は外部代理権授与であり有権代理であるが、外見代理は私的自治の領域からはみ出るもので、代理権の欠缺につき悪意でない代理人は信賴利益の損害賠償義務を負えば足りるとする。⁽⁵⁾これに対して、Pawlowski は、代理権授与の基本型は外部代理権授与であるが、外見代

理も黙示の外部代理権授与とみる。そして、このような代理権授与が、相手方に信賴の基礎を与える資格証明行為であり、本人が表示意思を欠いていても、その容態を意思表示として帰責することは可能である。このため、信賴の要件たる権利外觀に言及する必要はなく、表見代理なる制度は無用の長物であるとまでいい切る⁽⁶⁾。

わが国でも、民法一〇九条表見代理⁽⁷⁾だけではなく表見代理の統一⁽⁸⁾的構成として、表見代理有権代理的構成を提唱する見解がみられる。木村教授⁽⁷⁾と高橋教授⁽⁸⁾である。とくに、高橋教授の表見代理有権代理的構成の提唱は、代理の法的構成において、Flumeの見解に倣って、私的自治への原点復帰を目指し、本人への当事者効果の発祥帰属は本人意思によるものであるとする本人意思重視構成を提唱し、かかる提唱を「表見代理」規律においても貫徹させようとするところにある。高橋教授は、表見代理責任は本人の意思（私的自治）に基づく法律行為上の責任であるとみる⁽⁹⁾。このことを、表見代理は適法行為についての責任とみるWolfの見解を引用して強調する⁽¹⁰⁾。また、表見代理は法律行為論との関係で論ぜられるべきであるとも強調されている⁽¹¹⁾。そして、代理は委任その他の内部関係から独立した法律関係であること、代理権授与に示された本人の意思は本質的に取引の相手方に向けられていることの二要素に注目する。その上で、表見代理は、前者の内部関係上は正当化されないが、後者に関して外部的授權を觀念し、この外部的授權によって代理権が授与されている有権代理とみる。すなわち、民法九九条の代理規定は「内部関係上も正当化されている有権代理」に関する規定であるのに対して、民法一〇九条、一一〇条、一一二条は「内部関係上は正当化されない有権代理」規定である点に差異を求めるものと推察される。このことを前提として、一〇九条、一一〇条、一一二条の表見代理規定のそれぞれについて、外部的に代理権が授与されていることを論証する。一〇九条表見代理については、現行民法典の起草者と同様に、本条は代理権授与の一態様規定であるとする。ただ、本条の表示で代理権が発生しても、それによって直ちに代理人は代理権の行使を正当化されない。そのためには対内関係上の合意が必要であり、基

礎となるべき内部関係上の合意のない代理権の行使は代理権の濫用になるが、相手方は原則として本人から受けた表示を信頼すればよく、本条の適用に当たっては、内部関係の発生の有無にわずらわされる必要はないとする。⁽¹²⁾ 民法一〇条表見代理については、FlumeやPawlowskiがDuldungvollmacht（認容代理）として論じている場合に該当する。

「他人が自己の代理人として行為しているのを知りつつ放置していたり、世間一般には当然に一定範囲の代理権を伴うような地位を他人に託した者は、それによつてこの他人に代理権を与えたことを外部第三者に通知しており、代理行為の効果を拒絶しえない旨を規定している」「すなわち、当該の代理行為については、たんに代理権の外観ではなく、真実の代理権が授与されており、『正当理由』は、このような代理行為と本人の意思とのつながり、本人の帰責事由の存在を意味する」とみる。⁽¹³⁾ 民法一一二条表見代理については、「代理権の授与は本質的に第三者との関係の発生に向けられている。そして、委任関係が終了してもはや対内関係上は代理人が代理権を行使してはなくなっても、独立の関係にある代理関係はこれと同時に消滅するものではない。代理権を消滅させることは対外的に行わなければならない⁽¹⁴⁾」とし、このような対外的に代理権が消滅していない場合の代理行為規定とみている。このことから、一般的に行われている内部的代理権授与の場合には、代理人が第三者に対し代理行為をなし、それによつて代理権に示された本人の意思を第三者に伝えることが必要であることから、第三者が当該代理人と以前に取引した事情がなければ、一二二条表見代理規定は適用されないとする。⁽¹⁵⁾ このことから、高橋教授は、表見代理は、本人が責任を負うことを前提としつつ、相手方が内部関係の欠缺（一〇九条、一一〇条）または対内関係における代理権の消滅（一二二条）を知りまたは知りうべき悪意者や有過失者を排除して、本人の意思に対する不当な干渉を避ける制度であると意義づけする。⁽¹⁶⁾ このような高橋教授の表見代理有権代理的構成に対しては、佐久間教授は一定の評価をしつつ理論上の問題点を指摘されている。⁽¹⁷⁾ その詳細は、留保するとして、主要な指摘についてみると、以下のような点がある。一つは、私的自治との

関係について、代理において効果を負担する本人の私的自治には配慮されているが、代理では本人・代理人・相手方の各人について私的自治を保障しなければならないところ、代理人の私的自治は完全に無視されており、私的自治の保障は貫徹されているとはいえず、基本的立場と相容れないとの指摘である。⁽¹⁸⁾二つは、これに関連して、表見代理責任は本人の意思（私的自治）に基づくと力説するところ、その本人の「意思」は何かはっきりしないと指摘する。⁽¹⁹⁾本人が代理行為を知りつつ容認している「故意」の場合とはかく、本人が代理行為者の行為を知りうべきであるのに知らなかった「過失」の場合をも含めることができるかの疑問である。三つは、表見代理有権代理的構成の前提となっている代理権概念について、代理人たるべき者に何らの資格ないし地位の変動も生じるものではないとする代理権概念や、代理人になるべき人格を素通りして本人・相手方間でなされた資格づけという法律行為を認めることは、大西博士が最初に提唱し、川島博士が支持した「代理適状」につうずるものがあるが、我々の思考に馴染むものではないとの指摘である。⁽²⁰⁾しかし、かかる指摘は、代理をA⇢B対Cの関係と捉え、A⇢Bの状態をAが自らの意思表示なし表示を行うことのできる権限をBに授与し、Bがこのような権限に基づいてAに代わって意思表示なし表示を行う関係とみることを前提としたものである。この意味では、高橋代理論においても、代理をA⇢B対Cの関係とみることを前提として法的構成していることから、その指摘は妥当する。しかし、代理なる法律行為はA・B・Cの三者の意思表示により成立するものであるとみる「三当事者法律行為」形象構成に立つ限りにおいては、代理権の授与として観念されてきたのは本人の「代理許諾意思表示」であり、このことによって代理人に何らの資格や権限を授与する効果が生ずるものではないことからすると、思考に馴染むか否かの問題ではなく、基本的には代理の法的構成に係わることがらであって、論理的問題点というものではないように思われる。また、河上教授は、わが国では「取引の安全が強調されて、表見代理全体が、その適用範囲を拡大している現在では、帰責の根拠を意思表示のみに求める有

権代理的構成は維持できない」とコメントされている。⁽²¹⁾ このことは、表見代理を〈代理「行為システム」〉ないし〈代理「取引システム」〉を用いての行動様式に対応するための規律に当たっては、意思表示のみを帰責の根拠とすることは妥当でないことを示唆するものである。わが国での、以上のような状況を踏まえて、白井教授は、表見代理有権代理的構成は、権利外観理論構成への有力な批判たりえても、これを凌駕することができるとの説得力を持ち合わせていないし、そのままの形で採用することには懐疑的であると総括されている。⁽²²⁾

ところで、表見代理有権代理的構成については、これらの指摘に加えて、「効果意思」規範に適合するものかどうか疑問である。その代表としての高橋表見代理論についてみると、九九条規定も一〇九条、一一〇条、一一二条規定も、いずれも本人が代理権を授与していることにより本人に当事者効果が発祥帰属する有権代理として異なるものではないことを前提とするようである。しかし、後者の規定の場合、仮に外部的代理権授与を認めるとしても、一〇九条、一一〇条、一一二条の各規定の要件を前提として、本人による代理権授与行為としての法的効果が生ずるものと解することができるのである。仮に外部的代理権授与を認める立場に立つ限りにおいては、高橋教授の指摘のように、いずれの場合も本人による代理権授与の表示があったものとみることは許容される。ただ、これに対応する「効果意思」が欠缺する場合は、代理権授与行為としての法的効果は認められないわけである。このことに關してみると、本人が代理行為を知りつつ容認している「故意」の場合は多少擬制化して本人による代理権授与の「効果意思」があるものと解する余地はないわけではない。しかし、本人が代理行為者の行為を知りうべきであるのに知らなかった「過失」の場合まで、そのような「効果意思」があったとするのは無謀な擬制化である。⁽²³⁾ そうだとすると、高橋表見代理論では、わが国で表見代理が問題とされる多くの事例について、妥当な処理を図ることができないということになる。そこで、このような理論状況に立ち至った原因についてみると、高橋表見代理論では代理の法的構成においては、A II

B対Cの關係としてBをも視野に入れながら本人意思重視構成が展開されているのに対して、このような代理の法的構成の範疇では捉えることのできない表見代理現象の場面では、Bをその視野から除外しA・C間の關係に歪曲した上で、ここでも私的自治原則によることを強調し、本人(A)の自己決定(私的自治)に基づく関与であるとの構成に邁進したこともあるものと推察される。たしかに、「代理なる法律行為」を私法秩序に位置づけるためには、私法の原理である自己決定に基づく私的自治の原則と整合したものでなければならぬことは、私見としてもしばしば指摘してきた。しかし、それは、単に、本人の私的自治だけではなく、代理人及び相手方の私的自治にも適合したものであることが必要である。そこで、「表見代理」規律においても、私的自治原則と整合させるとするのであれば、代理人だけではなく相手方の私的自治との關係も配慮しなければならないわけである。それにもかかわらずBをその視野から除外しての法的構成は、佐久間教授の指摘の通り、私的自治が貫徹されているとはいえないことになる。しかし、代理における私的自治との整合性は、A・C間当事者効果の発祥帰属を根拠づけるための「第一規律課題」次元の規律においては不可欠である。これに対して、その「第一規律課題」次元で、表見代理では、Aの「何らかの関与」はあるものの、B・C間の代理行為はAの自己決定を欠く状態での代理行為であり、かかる状態ではA・C間に当事者効果の発祥帰属を認めることは、「第一規律課題」次元内で再度、私的自治の原則に適合するよう法的構成しようとすることには、論理的に矛盾した構成である。このことからすると、Aの自己決定に基づく「意思」によるものではない「何らかの」関与だけに注目して、「代理〔行為システム〕ないし〔代理「取引システム」を用いての行動様式である「代理なる法律行為」の安心安全の保障のために、「表見代理」を規律すべきではないかと思われる。

注

- (1) 法典調査会民法議事速記録一 一〇八頁以下(昭和五〇年・法務図書館)。

- (2) 岡松参太郎・注釈民法理由二四二頁（明治三〇年・有斐閣書房）。
- (3) 白井・前掲書一一七頁以下で詳細に検討されている。
- (4) 白井・前掲（立命館法学三一〇号）七三頁、白井・前掲書五五頁以下（Flume, a.a.O., S. 825f.）。
- (5) 白井・前掲書一二六頁（Hopf, Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens- und Bereicherungsgleich, S. 619f. AcP 183(1883)）。
- (6) 白井・前掲書一二八～一二九頁（Pawlowski, Die gewollkürte Stellvertretung-Eine juristische Entdeckung der deutschen Rechtswissenschaft, JZ 1996, S. 125ff.）。
- (7) 木村常信「表見代理否認論」大分経専論集三卷一・二合併号八五頁以下。
- (8) 高橋・前掲書二四七頁以下。
- (9) 高橋・前掲書二六九頁。
- (10) 高橋・前掲書二七三頁注（16）（Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich S. 75ff. 1970）。
- (11) 高橋・前掲（関大法学二二卷四・五・六号）一〇六頁。
- (12) 高橋・前掲書二九五～二九六頁。
- (13) 高橋・前掲書二四八頁。
- (14) 高橋・前掲書三二三頁。
- (15) 高橋・前掲書三一四頁。
- (16) 高橋・前掲書二四九頁、三二三頁。
- (17) 佐久間・前掲書九四頁以下、二二一頁以下。
- (18) 佐久間・前掲書九九～一〇〇頁。
- (19) 佐久間・前掲書二二三～二四頁。
- (20) 佐久間・前掲書九九頁。
- (21) 河上正二「代理(3)表見代理（その1）」法学セミナー六二〇号五六頁。
- (22) 白井・前掲書一六六頁。

(23)

安永教授も、法律行為論自体のなかでも、すべてを意思に結びつけることは、意思の擬制的な色彩を帯びるのに、表見代理論にそれをもちだすことは、極端な表示主義的解釈によらなくては不可能であるとされている(安永正昭「越権代理と帰責性」奥田昌道ほか編・現代私法学の課題と展望(中) 林良平先生還暦記念論文集六〇〜六一頁(昭和五七年・有斐閣)。

(vii) 表示責任構成とその課題

安永教授は、民法一一〇条表見代理に関連して、通説は、取引の安全と本人の静的安全とを天秤にかけ、前者をより強く保護すべきとする鳩山・我妻両博士の態度に大きく影響されて出来上がっているが、本人への帰責性の観点からは必ずしも十全なものとはいえないと批判する。その上で、表見代理制度の問題は、代理行為から生ずる危険を本人又は相手方のいずれに負担させるべきであるか、そのふりわけの基準を何に求めるかにあるとみる。そして、本人がその危険を負担すべしというなら、本人にそれを甘受すべき事情が存在することを指摘することが必要とし、本人が「代理行為の結果を負担することの表示をなしたことに基づく」もので、いわゆる「表示責任」とみるべきだとする。⁽¹⁾すなわち、「民法一一〇条を一般の理解と同様、代理権でおおわれないがなおかつ本人に特別の責任が生ずる場合(表見代理)」ととらえている。この特別の責任は相手方の正当な信頼とそれに相応する本人の責任根拠の存在を前提とするものである(信頼責任)。この本人の責任根拠は、「代理権でおおわれていると信ずるに足りる事情(代理権の外観)を知りつつあるいは知るべきであるのに知らないで、代理権授与の際代理人に手渡してしまったという意識的行為に求め」られる。これは結局「外部に対しそれに相応する代理行為の結果を負担するとの表示をなしたことに基づく責任ということになる」と構成する。⁽²⁾また、このような構成は、林脇教授が「代理を位置づけるとき、私的自治との関連を問題にせざるをえない」との観点から、⁽³⁾「表見代理における本人への効果の帰属の根拠を意思表示の効力の観点から考え」⁽⁴⁾「一一〇九条の場合は、代理権を与えていないのに代理権を与えた旨の表示がなされている」ことに、「一一〇

条の場合は、代理権の範囲について限定しているのにその限定が明らかにならないような表示がなされている」こと⁽⁵⁾に帰責根拠を求めているのと同趣旨であるとも指摘し、さらに一〇九条の帰責根拠には差はないとされている。⁽⁶⁾この両者の見解について、佐久間教授は、一一〇条表見代理に関連して、基本代理権以上の実質的帰責原因を必要とする説であると捉え、「林脇・安永ともに、一一〇条の基礎を本人の表示責任としていること」、安永は「本人の帰責根拠としては、当該外観の惹起を本人が少なくとも認識しえたことと本人の意識的容態が存することとしていること」が確認できると指摘する。⁽⁷⁾その上で、表示責任構成は、本人の帰責根拠の明確化を追求したこと自体は非常に高く評価されるべきであるが、一〇九条ではほぼ一般に承認されている意思表示諸原則の類推の問題を一〇条ではほとんど触れられていないのは、表見代理の構成及び具体的諸問題につき理論的説明を与えてしかるべきである意思表示理論の一貫した適用の点で課題を残すものであると批判する。⁽⁸⁾

安永教授の表示責任構成の前提とする代理の法的構成論は明らかではない。ただ、代理の法的構成において私的自治を強調する林脇教授の見解とは同趣旨とされていることから、これらの見解は、本人の私的自治との整合性を重要視することを前提とするものと推察できる。そうだとすると、表示責任構成は、代理権不存在の代理行為の場合には、A・C間に当事者効果の発祥帰属を認めることは、Aの私的自治と齟齬するものであることを前提としつつ、相手方が信じた代理権の表示をAが認識していたか認識し得たという意識的容態での表示関与が認められるときに、Aに履行責任を認めるのが表見代理であるとして法的構成するものとみることができる。そのために、まず、安永教授は、表見代理を代理リスクの配分制度とみる。相手方の保護ひいては取引の安全に奉仕するものとみてきた、これまでの法的構成とは異なる捉え方で、妥当といえる。ただ、その代理リスクの配分を、本人が相手方かの問題とすることは、A・C二者間の関係に歪曲して法的構成をしてきたこれまでの見解と基本的に共通する。この点では、これまでしば

しば指摘したように、表見代理においても、A・B・C三者間における代理リスク配分の問題として規律すべきであるとみる立場からは受け入れることはできない。また、Aへの代理リスクの配分の根拠を、Aの表示責任に求めるわけであるが、それは、意思効果としてののか法定効果としてののか明確にされていない。表見代理有権代理的構成はAの関与を代理権授与行為とみて「意思効果」としてAに履行責任があるとする構成とは異なることは明らかである。それでは、Aの関与とCの「信頼」を根拠として「意思効果」ではなく「法定効果」とみる権利外観理論と同様とみてよいのかどうかである。しかしそれでは、表見代理についても、私的自治との整合を強調し、意思表示の効力の観点から考えるべきであるとする立場とは、齟齬するものではないかとの課題が残されている。

注

- (1) 安永・前掲（奥田昌道編・現代私法学の課題と展望（中））五四頁、五九頁。
- (2) 安永・前掲（奥田昌道編・現代私法学の課題と展望（中））五九頁。
- (3) 林脇トシ子「代理理論における本人行為説と代理人行為説のもつ意味」法学研究四五卷二号一五四頁。
- (4) 林脇トシ子「表見代理についての一考察」法学研究四八卷二号一〇四頁。
- (5) 林脇・前掲二二三頁以下。
- (6) 安永・前掲（奥田昌道編・現代私法学の課題と展望（中））六二頁注（107）。
- (7) 佐久間・前掲書一八八頁。
- (8) 佐久間・前掲書二一八頁。

(viii) 意思表示準則適用構成とその課題

佐久間教授は、本人への代理リスクの配分根拠を相手方が代理権の存在を信じた容態（表示）についての本人の表示意識ないし行為意識に求める。その上で、このような代理権授与表示は「自己に関わる新たな法律関係形成の場面に

いることを知らない者（表示意識のない者）の容態は、それがたとえ自覚的な身体の動静（行為意識を伴う容態）であつても、行為者がそれにより自らの意思により自己の法律関係を形成しようとするものではない。その行為は行為者の意思実現の手段とはいえない。相手方が行為者の容態を意思表示と信じたとしても、当該容態による両者の法律関係形成は、相手方にとつてのみ法律関係の形成であるにすぎず、行為者にとつては全くそうではない」「意思表示として相応しない」こと⁽¹⁾から、意思表示に関する諸規定の類推により本人による表示の瑕疵の主張が認められる場合には責任を免れることができる⁽²⁾。すなわち、民法一〇九条表見代理については、「本人がそれにより代理人を通じて新たに私法関係を形成することになるとの具体的認識を有しつつした容態から、相手方が、代理行為者には当該行為をする代理権があると信じ、かつ、そう信じるについて正当な理由があるとき、代理権授与表示が存在する」⁽³⁾。そこで、この代理権授与表示をもって、意思表示に関する諸規定の類推により本人による表示の瑕疵の主張が認められる場合を除き、表見代理責任が本人に生ずると⁽⁴⁾する。民法一一〇条表見代理については「基本代理権のある代理行為者が越権行為をし、当該事情のもとで相手方が行為者に当該行為を覆う代理権ありと信じるのがもつともであるときには、本人が代理行為者を通じて相手方に当該行為につき代理権授与表示をしたことができる。そして、これにより、一一〇条の表見代理の成立が認められる。しかし、これは意思表示類似の表示が存在することによるから、意思表示の場合と同様に、表示が瑕疵を帯びているときには本人の責任が否定されることを、認めなければならない」⁽⁵⁾とする。民法一二二条表見代理については「本人が、代理行為者に過去に代理権を与えたことにより、問題の無権代理行為に関しても代理権ありとの信頼を相手方に惹起したことが必要である。これが充たされるのは、本人が代理人を介して相手方と過去に取引した際に、本人の真意はともかく結果的に、その後の取引にも代理権が及ぶとの信頼を相手方に惹起した場合である」⁽⁶⁾。このことから、「本人が、その真意はともかく、従前の代理行為に際して、代理

人には継続的又は反復的に代理する資格があると証する表示を」しながら、「資格存続を認めたことの表示を否定しなかったために、一二条の表見代理責任を負わなければならないのである」とする。⁽⁷⁾このような表見代理の法的構成について、臼井教授は、「ドイツでは今、支配的な権利外観説は、少なからず法律行為説発展の影響に晒されていて、表見代理帰責を考える上で意思表示帰責論・準則によりいつそう大きな関心を寄せている」。そのような中遅ればせながらわが国でも、ドイツ同様に、意思表示帰責論の反映と九五条の錯誤無効規定の類推適用を主張する新しい学説の登場であると評する。⁽⁸⁾

ところで、佐久間教授は、代理を、本人の意欲にしたがって作り出された代理権授与行為によって着手された法律行為の構成要件を、代理人が先に延ばし、相手方との共働において完成させるものと法的構成されている。⁽⁹⁾このことから、一一〇条表見代理の場合は、本人は代理行為者を通じて相手方に当該行為につき代理権授与表示を行っているとして解し、一二条表見代理の場合は、代理行為者の従前の代理行為に際して代理人資格存続を認めたことの表示を行っているとは解するのは、かかる法的構成に対応するものである。そうだとすると、一〇九条表見代理の場合も本人のした代理権授与の表示の容態を代理人が利用して表示していることが重要となる。ただ、このような代理行為者を通じての代理権授与表示も、本人の意欲にしたがって作り出された代理権授与行為に基づくものでない限り、本人・相手方間には当事者効果が発祥帰属するものではないとみる。すなわち、「意思表示は、表意者の意思実現手段であるとともに、相手方との法律関係共働形成手段である。自己に関わる新たな法律関係形成の場面にいることを知らない者（表示意識のない者）の容態は、それがたとえ自覚的な身体の動静（行為意識を伴う容態）であっても、行為者がそれにより自らの意思により自己の法律関係を形成しようとするものではない。その行為は行為者の意思実現の手段とはいえない。相手方が行為者の容態を意思表示と信じたとしても、当該容態による両者の法律関係形成は、相手方にとって

のみ法律関係の形成であるにすぎず、行為者にとっては全くそうではない。したがって、表示意識を欠く表示容態は、意思表示の機能からみて、意思表示として相応しない⁽¹⁰⁾、とみていることから、このような代理権授与表示は本人の自己決定による代理権授与行為（法律行為）とみることでできないからである。すなわち、本人の「意思効果」に基づいての法的効果は生じないということになるとみる。このことを前提として、本人は「意欲していない（当事者効果を負担する旨の自己決定をしていない）」が、代理行為者を通じての代理権授与表示が本人の表示意識ないし行為意識に基づく場合に、本人が履行責任を負うとするのが表見代理規定であるとみるようである。そうだとすると、この場合、本人の表示意識ないし行為意識を帰責根拠として、本人が履行責任を負担しなければならないとするのは、本人の自己決定（私的自治）の結果としてではないことになる。このことは、佐久間教授も「表見代理は当事者の私的自治による法律関係の形成を認めるものでないという点では、もつともである」として認めておられる⁽¹¹⁾。そうだとすると、表見代理は、本人の自己決定（私的自治）の原理では律しきれない次元の規律とみるのが素直である。表見代理不法行為構成や権利外観理論構成と基本的には共通するようにも思える。本人の履行責任は、表見代理規定による「法定効果」に基づくものということにならないかである。この点に関しては、佐久間教授は「代理権授与表示は、・取引の現実的要請から本人の私的自治的形成（＝代理権の授与）に代替すべきものである⁽¹²⁾」として、まだ、私的自治の原理での規律に固守されているようであり、本人の履行責任は、「本人の意思」に基づく効果とみるのかどうか不明である。

他方で、佐久間教授は、表見代理規律の次元での意思表示準則の類推適用の必要性を強調する。しかし、民法上の意思表示理論は、本人の自己決定（私的自治）の原理によって規律される次元での準則である。このような代理権授与表示は諸当事者間に実質的な権利・義務の変動を生ずるものではないから「意思表示」でない⁽¹³⁾としながら、一〇九条での代理権授与表示は本人の私的自治的形成に代替すべきもので、「意思表示に酷似したもの⁽¹⁴⁾」とか、一一〇条での代理

権授与表示にはその「意思表示類似性ゆえ」⁽¹⁵⁾に、本人・相手方間の法律関係形成の基礎とするものであり、機能は意思表示と全く同じで、法的には意思表示と同等に取り扱うとして意思表示に関する諸準則の類推適用が妥当とするのは、いささか我田引水の感がないでもない。これに加えて、意思表示理論は二当事者間での法律行為であることを前提としての意思欠缺あるいは瑕疵ある意思表示に関わる準則である。第三者への配慮は、かかる準則の結果として生ずる不都合を解消するためのもので、三当事者間での法律行為を前提としたものではない。これに対して、本人の表示意識ないし行為意識に基づく代理権授与表示は、本人自身が相手方に対して行ったわけではなく、代理行為者を通じて行われた表示であることからすると、本人・相手方間の意思表示に歪曲して意思表示に関する諸準則を類推適用すること、類推適用であっても論理的に許容されるものではない。また、もし仮に類推適用をするとしても、かかる表示は代理行為者と相手方間のものであり、本人は、常に、第三者とみて類推適用すべきである。これで、十全な対応ができるのである。さらに、基本的には、このような意思表示準則を代理のような三当事者の想定される法律関係に援用してよいかどうかである。もし仮に、それが許容されるのであれば、「第二節意思表示」規定では、恐らくは、これでは律し切れないことから、これと並んで「第三節代理」規定を設ける意義はほとんど失われることになりかねない。二当事者間契約（法律行為）の理論を克服するための代理法理形成のためのこれまでの努力は、何の意味もなかったことになりかねない。このような法的構成手法は、代理をA⇨B⇨Cの構図を前提とし、AのBに対する代理権授与行為が欠缺する場合、かかる構図の下ではA・C間に当事者効果を直接発祥帰属させることができないことから、A⇨C間の二当事者関係の構図に歪曲して、三当事者関係からなる代理の宿命として本来的に、克服してきたはずの古い革袋に戻るようなものでもあると評し得る。

注

- (1) 佐久間・前掲書一二二頁。
- (2) 佐久間・前掲書一二四頁。
- (3) 佐久間・前掲書一二四頁。
- (4) 佐久間・前掲書一二四頁。
- (5) 佐久間・前掲書二三九頁。
- (6) 佐久間・前掲書二七一頁。
- (7) 佐久間・前掲書二七二頁。
- (8) 臼井・前掲（立命館法学三二〇号）七九～八〇頁。
- (9) 佐久間・前掲（岡山法学三九卷四号）二〇〇～二〇一頁。佐久間代理論については、拙稿・前掲（明大法科大学院論集一号）四九頁以下参照。
- (10) 佐久間・前掲書一二二～一二三頁。
- (11) このことから、表見代理法律行為構成や表見代理有権代理的構成とは一線を画されていることになる。
- (12) 佐久間・前掲書一一四頁。
- (13) 佐久間・前掲書一〇三頁。
- (14) 佐久間・前掲書一一四頁。
- (15) 佐久間・前掲書二二二頁。
- (16) 佐久間・前掲書一〇四頁。

(ix) 法律行為構成への権利外觀構成の接近論とその課題

臼井教授によれば、ドイツ代理法では、近時、「『法律行為説への（権利外觀説の）接近』現象」とでも呼ぶべき新たな動向がみられると指摘する。⁽¹⁾ すなわち、外見代理を一般的に承認する支配的な権利外觀説の中にも法律行為に基づく場合よりも重い責任を本人に課すべきでないとか、表見代理の主観的帰責論争は意思表示法の主観的帰責問題に還

元される（いわゆる「普遍的帰責（allgemeine Zurechnung）」論）とかの理由から、最終的に表見代理全般への意思表示帰責論・準則の持込み、つまり表示意識をめぐる表示意思論の反映とドイツ民法一九九条の錯誤取消規定の類推適用を主張する見解がかなり優勢で増えてきていると指摘する。⁽²⁾そして、そのことの結果として、Staudinger-Kommentarでは、法律行為説か権利外観説かという表見代理の法的構成論争は、「もしかりに後説が表見代理につき錯誤取消規定の類推適用を認めて結果的に前説と同様の結論に至るようなことにでもなれば、とにかく実際上はその意義を失ってしまうとの注釈をしていると紹介する。⁽³⁾このような、ドイツ代理法における、近時の表見代理の法的構成手法は、前述した佐久間教授の法的構成に近似するようにみえる。ただ、白井教授の紹介を具体的にみると、主としては、外見代理における法的構成について、ドイツ民法一九九条の錯誤規定の類推適用を問題にし、その結果、本人は履行責任ではなく信頼利益の賠償責任（ドイツ民法一二二条）を負うにすぎないと構成するためのようである。⁽⁴⁾

ところで、白井教授は、以上のようなドイツにおける表見代理の法的構成状況を指摘した上で、恣意的かつ無秩序とも思える利益衡量的解釈が横行・氾濫するわが国においては、私的自治原則に軸足を置き法律行為・意思表示論と体系論的に関連づけて表見代理の再構成を試みる法律行為説を比較研究・検討対象として、従来とは全く異なった、いわば正反対の分析視角から今一度表見代理を再考することこそ、有意義かつ今現在必要とされていると提言する。⁽⁵⁾そこでまず、本人による無権代理行為の認容を代理人が認識していた場合には、内部代理権授与という意思表示の名宛人たる代理人の視点からの客観的解釈により、なおさらに表示意識に関する議論の低調なわが国にあつては、黙示⁽⁶⁾（内部）代理権授与を認定することはさほど困難であるとは思わないとして、「表見代理の一部有権代理化」を主張する。⁽⁷⁾Schlakenもまた、内部代理権授与の認定を通じて表見代理事例が有権代理に取り込まれる可能性を示唆し、椿博士が「表見代理の有権代理への取り込み」を指摘した⁽⁸⁾、のと同旨である。たしかに、表見代理的現象の処理にあたって、こ

のようにして有権代理と構成する余地は可能であり、かかる手法によることも承認されてよい。ただ、それは、本人の代理権授与に係わる意思表示の解釈の問題であり、表見代理の法的構成に係わることではない。白井教授も、表見代理は、そもそも有権代理が成立しない場合における代理取引の安全を保護する制度であると正当に指摘する。⁽⁹⁾ このことを前提として、「本人が、取引相手方に対して代理権の存在を保証する通知という自己決定を行って信頼させた以上、その通知を撤回しないかぎり、自己決定に基づく自己責任、すなわち履行責任を負わなければならない」、「このように履行責任の法的根拠を『通知という自己決定行為』に求めるならば、本人は少なくとも自己決定の可能性、つまり行為意識を有していなければならず、無意識で通知を行った場合には、責任を負わないと考えるのが理論的常道であろう」と主張する。⁽¹⁰⁾ しかし、表見代理は有権代理とは異なり、本人の代理権授与の意思表示が認定されない場合の制度であるとしながら、表見代理責任としての本人の履行責任は「本人の自己決定に基づく自己責任」とみることには矛盾はないといえるか疑問である。さらに、表見代理的現象のうち「無意識で通知を行った場合」には本人は責任を負わないことになるとすると、この「無意識通知」はどのような場合を意味するのかは明らかではないが、表見代理的現象の大半を占めるとみられる「代理行為者が代理権不存在で代理行為をしているのを知るべきであったのに知らないでいた場合（いわゆる「本人の過失による通知の場合）」には、表見代理規律によっては本人に責任を認めることができないことになりそうである。そこで、このことにより相手方が保護されない不均衡は、契約締結上の過失、履行補助者の責任法理といった契約法あるいは使用者責任といった不法行為上の損害賠償制度、あるいは本人との関係を離れて無権代理人の責任追及により是正すればよいとする、⁽¹¹⁾ わけであるが、妥当といえるかである。表見代理的現象の大半を占めるとみられる、いわゆる「本人の過失による通知の場合」には「代理」規律での「内的処理」を諦めるということであり、権利外観理論構成や不法行為構成と本質的には異なるものではないし、表見代理として「無権

代理」規律以上に代理取引の安心安全を保障しようとする努力を放棄するものではないかと思われる。さらには、民商法の峻別を強く意識した表見代理の二元的構成の志向が重要とし、民法上の表見代理は「制限的見直しは基本的に当然かつ妥当な方向性」⁽¹³⁾とも主張する。しかし、「表見代理」規律を、民商法に分けて二本立てで規律する必要があるかどうかである。私見の立場からすれば、「代理」「行為システム」を用いての行動様式のための安心安全の保障のためになるわけであるが、これを区分して規律する必然性は見いだし難い。たしかに、商法の観点からすると、表見取締役、表見支配人や表見使用者のように「企業組織」特有の規律を必要とする場合はないではない。しかし、それらの場合は「表見代理」規律では規律し得ないことによる組織法上の秩序づけとして規律すべきであって、「代理」「行為システム」ないし「代理」「取引システム」を用いての行動様式の安心安全の保障のための規律の特別法として規律すべきではないかと思われるからである。このことからすると、表見代理の「制限的見直しが当然、妥当」との提言も必然的なものではないことになる。「表見代理」規律は、民法上か、商法上かを区別することなく、「代理」「行為システム」ないし「代理」「取引システム」を用いての行動様式の安心安全の保障のための規律として、どのように規律するのが最も適切であるのかの立場から規律することが要請されることになる。

注

- (1) 白井・前掲(立命館法学三二〇号)七七頁。
- (2) 白井・前掲(立命館法学三二〇号)七七頁。
- (3) 白井・前掲(立命館法学三一〇号)七七頁(Staudinger/Schilken, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, (Fn.15) §167 Rz.29b, 2004)。
- (4) Stuetter の見解の紹介(白井・前掲書九八頁、一九七—一九八頁)、Kindl の見解の紹介(白井・前掲書九八頁、一九八頁)。

など参照。

- (5) 白井・前掲（立命館法学三二〇号）八一頁。
- (6) 白井・前掲（立命館法学三二〇号）一〇九頁。
- (7) 白井・前掲（立命館法学三二〇号）一〇九頁（Staudinger/Schilken, a.a.O.(Fn.15)§167 Rz.29ff.）。
- (8) 椿・前掲二九頁以下。
- (9) 白井・前掲（立命館法学三二〇号）一〇九頁。
- (10) 白井・前掲書一一二頁。
- (11) 白井・前掲書一一三頁。
- (12) その理由として、「二本立てで表見代理を再考すれば、民法一一〇条が適用された事案について、表見代理の帰責性緩和が許されない場合と許される場合、つまり民法上の表示責任の構成が妥当する場合と商法上の法的構成が妥当する場合というように整理できるのではないだろうか」とされている（白井豊「戦後ドイツの表見代理論—わが国における法的構成の再考に備えて—」私法六八号一六〇頁）。
- (13) 白井・前掲（立命館法学三二〇号）一一五頁、白井・前掲（私法六八号）一五九頁。

(x) 「表見代理」の法的構成についての私見の展開

以上、みてきたように、これまでの「表見代理」の法的構成は、〈代理「行為システム」ないし〈代理「取引システム」〉を用いての行動様式の安心安全の保障のための規律手法としては、援用に適するものではない。

その原因は、第一に、いずれの法的構成も、「代理なる法律行為」をA⇨B⇨Cの関係として捉え、A・C間の当事者効果発祥帰属に係わる規律、すなわち「効果意思」規範に基づく「第一規律課題」次元の規律においては、Aの代理権授与行為が欠缺することから、当然には、Aに当事者効果を発祥帰属させることができないことになる。それにもかかわらず、再度「第一規律課題」次元において、A⇨B⇨Cの関係をA・Cの関係に歪曲し、Aに当事者効果が直接発祥帰属するのと同様の履行責任を負担させるための法的構成に終始してきたことにある。しかし、仮に、再度「第

「規律課題」次元において規律するにしても、代理は $A \cdot B \cdot C$ 三者関係にあることには変わりはないことから、 $A \cdot C$ の関係に歪曲するのではなく、 $A \neq B \cdot C$ の関係にあることを前提として表見代理の法的構成を行うべきではないかと思われる。私見とすれば、「代理なる法律行為」は $A \cdot B \cdot C$ の三者が等位置にある関係として捉えるべきであることを前述したところであるが、そこでの「効果意思」規範に基づく「第一規律課題」次元の規律において A に当事者効果を発祥帰属させることができないことになった後も、 $A \cdot B \cdot C$ の三者が等位置の関係にあるものとして表見代理を規律すべきであるということになる。そして、その規律に当たっては、「第一規律課題」次元での規律によつて生じた代理リスクに対応するための規律であることから、再度「第一規律課題」次元に戻すのではなく、これと異なる次元での規律すなわち「第二規律課題」次元の問題として規律するのが妥当である。

原因の第二は、再度の「第一規律課題」次元での $A \cdot C$ の関係としての規律に当たって、「意思」規範によることを止揚し「意思」に基づかない他の規範（法理）による手法と、依然として「効果意思」ないし「意思」規範による手法との二つの手法が登場することになるが、いずれも民法上の二当事者間に係わる法理を援用するにすぎないことにある。そこでは、権利外観理論構成のように C の信頼を拠り所とするか、 A の関与を拠り所とし、その関与を「違法」とする不法行為的構成、「効果意思」と同視する表見代理法律行為構成ないし表見代理有権代理構成、「表示責任」に求める表示責任的構成、「表示認識」に求める意思表示準則規定類推適用構成、「自己決定」と捉える構成に、基本的には二分されている。そして、そこでは、 C の信頼を拠り所とする権利外観理論構成が支配的見解とされてきたのに対して、近時は、代理における私的自治の原則が強調されてから、後者 A の関与を拠り所とする見解が有力であるとされている。このことから、民法（債権関係）改正に当たって、法制審議会・民法（債権関係）部会において「代理権授与表示への意思表示規定の類推適用」の規律を設けることが提案され、民法（債権法）改正検討委員会案でも同旨¹⁾

の提案がなされている⁽²⁾のも、このような状況に基づくものようである。しかし、いずれにしても、二当事者間の利益調整法理の域を超えるものではない。これでは、代理は三者関係にあることから、二者関係法理を克服するために行われてきた代理法理の形成の努力に逆行するものと言わざるをえない。とくに、 $A \parallel B \cdots C$ の関係において、自己決定（私的自治）原理からAには当事者効果の発祥帰属が認められないとした後に、 $A \cdot C$ の關係に歪曲しAの自己決定（私的自治）の原則を強調し、さらには二者間の自己決定（私的自治）の原理を補充するための法理として予定されている意思表示準則を類推適用すべしとする近時の有力構成に従うことは、古い革袋に戻るものであって、妥当性に欠ける手法である。このことから、〈代理「行為システム」〉ないし〈代理「取引システム」〉を用いての行動様式の安心安全の保障のための表見代理規律に当たっては、 $A \cdot C$ 間の二者間の利益調整法理に依拠することなく、 $A \cdot B \cdot C$ 三者への代理リスクの適正配分のための法理を探求することが要請されることになる。

原因の第三は、「効果意思」規範に基づく「第一規律課題」次元での規律では、BのCに対する表示に対応するAの効果意思が欠缺することからAに当事者効果を発祥帰属させることができないとしながら、表見代理有権代理構成のようにBの表示をもつてAの効果意思を伴った代理権授与表示と解するための論理操作を行なったり、表示責任意思表示準則類推構成のようにBの表示をもつてAの意思が欠缺した状態でのAの表示と捉え二者間意思表示準則に依拠できるとするもの、表示責任構成のようにBの表示について外部にそれに相応する結果を負担するとAの意識的行爲に基づく責任とみるなど、あくまでもAの意思作用に求めようとしたことや、あるいは、かかるAの意思作用に求めることを諦めて表見代理不法行為構成ではAの関与を違法行為とみて責任を負うものとするか、権利外観理論構成のようにCが表示を信頼したことに注目しAがかかる信頼を惹起したことによる責任に求めるなど、「第一規律課題」次元での「効果意思」規範によることができない場合に用意されている責任規範に依拠することしか考えてこなかった

たことにある。

そこで、これまでのような表見代理の法的構成に係わつての問題点を踏まえながら、私見による「表見代理」規律をデッサンすると、以下のように法的構成するのが妥当と思われる。私見では、「代理なる法律行為」によって、本人と相手方間に直接、当事者効果の発祥帰属を認めるための「第一規律課題」次元においては、本人の「代理許諾意思表示」、代理人の「代理行為意思表示」、相手方の「代理承認意思表示」が協働する「三当事者法律行為」形象の成立、すなわち三当事者の自己決定（私的自治）に基づく「効果意思」によるものと法的構成するのが妥当とした。ただ、このような「第一規律課題」次元においては、「代理なる法律行為」では、直接、行為を行うのは、代理人と相手方であり、本人は相手方とは直接行為關係に立つものではないという行動様式上の特徴から、この三者の意思表示のうち、本人の「代理許諾意思表示」の存在することは、代理人による「代理行為意思表示」＝「顕名」を通じて相手方に通知され、そのことによって相手方が本人の「代理許諾意思表示」が存在するものと認識して「代理承認意思表示」を行うという協働關係にあるものと捉えることが必要である。このことは、たとえ本人が相手方に直接、「代理許諾意思表示」を行っている場合であっても同様である。この場合は、そのような本人が相手方に対して行った「代理許諾意思表示」の存在を、代理人を通じて認識し、このことによって相手方が「代理承認意思表示」を行った場合でない限り、三者の意思表示が協働したとはいえないとみる必要があるからである。ところで、「代理なる法律行為」における三者の意思表示の協働が、このような協働關係にあること、すなわち、法的には本人の「代理許諾意思表示」の存在は相手方には直接、通知されるものではなく、常に、代理人を通じてたものでなければならないという關係にあることの結果として、代理人は「代理行為意思表示」＝「顕名」し、本人の「代理許諾意思表示」が存在するものとして相手方に通知をしているが、実際には当該行為に係わつて本人は「代理許諾意思表示」をしていないという代理リスクが必然

的に内包することになる。

そこで、このように「代理なる法律行為」に必然的に内包する代理リスクが顕在化したときは、どう対応するかである。それは、三当事者の自己決定（私的自治）を原理とする「第一規律課題」次元の規律から生じた代理リスクに対応するための規律ということになる。そのことのために、本人が、代理リスクの顕在化に何ら関与していない場合の対応規律として「無権代理」規律が用意されている。これに対して、本人が代理リスクの顕在化に「何らかの関与」をしている場合も同様と規律することは妥当ではない。本人が何ら関与していない場合以上に「代理なる法理行為」が「代理」「行為システム」ないし「代理」「取引システム」を用いた行動様式としての安心安全を保障するための規律を用意することが必要である。「表見代理」規律は、そのための規律とみるべきである。そして、このような「表見代理」規律に当たっては、「第一規律課題」次元の規律から生じた代理リスクに対応するための規律であることから、再度、「第一規律課題」次元における三当事者の自己決定（私的自治）を原理とする規範に戻って規律することは、論理的には矛盾する。そこで、「第一規律課題」次元での「効果意思」規範に代わるものとして用意されている責任規範に依拠することも考えられないわけではないが、そのためには、当初、「第一規律課題」次元ではA・B対Cの構図として捉えていたものを、代理リスクへの対応に当たっては、A・Cの構図に歪曲した上で、同じ「第一規律課題」次元で処理することになり、そこではBの存在が全く無視されることになり規律手法としては妥当とはいえない。また、それは、「代理なる法律行為」は「代理」「行為システム」ないし「代理」「取引システム」を用いての行動様式であり、その秩序づけのためにはA・B・C三者が等位置で協働する関係にあることを前提として法的構成し法的効果を組み立てなければならいとする要請を無視することになる。それだけではなく、A・Cの構図に歪曲した上での二当事者法律行為における意思表示理論に依拠することは、ローマ法における何人も他人によって拘束されることはないとい

る法理を脱却するために展開されてきた「代理法理」の展開に棹さすもので、ローマ法の古い革袋に回帰するものもある。このことから、A・C間には「効果意思」規範に基づく意思表示上の法的効果は生ずるものではないとした上で、このことによってCに生ずるリスクを配分するため「第二規律課題」次元において「法定効果」として規律することが必要になる。

そして、この代理リスク配分のための「第二規律課題」次元の規律に当たっては、「第一規律課題」次元での「効果意思」規範や違法行為規範、あるいは信託責任規範を援用すべきでない。これらの「人の意思作用」に注目して構成されている規範原理とは全く異なる規範原理を探求し、それに基づいた規範によって規律すべきである。その規範原理は、「人の意思作用」あるいは「人の意思作用に基づく行動」のためではなく、「代理「行為システム」」の安心安全の保障に求めるべきである。表現代理に限ってみれば、「代理なる法律行為」が、このような代理リスクを必然的に内包させているにもかかわらず、現代及び将来社会における行動様式として法的に機能できるのは、通常、三者相互間の「信認関係」の存在であることによる。このことから、「信認関係」は「代理なる法律行為」の成立に係わる要素ではないが「代理なる法律行為」が安心安全に機能するための重要な要素として位置づけるべきであるとの観点に立つてみると、それは「信認欠如代理行為」⁽³⁾に対する法的対応との立場に立って規律するのが妥当ということになる。それは、これまでのような本人と相手方二当事者間の利害調整のための規律ではなく、「代理なる法律行為」を（代理「行為システム」）ないし（代理「取引システム」）を用いての行動態様に対応したものと規律するに当たって不可欠の要素であるA・B・C三者の「信認関係」欠如に対応するための規律とするのが妥当といえる。かかる観点に立つてみると、そこでは、Bが「信認関係」欠如の作出者であることは間違いない。その意味では、Bは、「信認関係」欠如状態によって生ずる代理リスクの最終的負担者である。このことを前提とした上で、AのBによる「信認欠如代理行

為」への関与の状態とCの「信認度」との相関関係の下で、〈代理「行為システム」ないし〈代理「取引システム」を用いての行動態様の安心安全の保障のために、Cに生じた代理リスクをAに負担させるべきかどうかを法定するのが「表見代理」規律ということになる。

そして、Aについてみると、Aの関与態様としては、「自己表示関与」（民法一〇九条）、「表示原因関与」（民法一一〇条）、「当初表示関与」（民法一二二条）あるいは「重疊的表示関与」がみられる。そこで、かりに、Cが「代理許諾意思表示＝代理権」不存在について「不知」である場合には、Cは当該「代理」行動様式が安心安全なものであると「信認」し、当該「代理」行動様式を用いて行われる取引から「利益」を得ることを期待している状態にあることから、Aの関与態様がいずれの類型の場合でも、CはAにリスクを転嫁できるとするのが妥当ということになる。このように、A・C間リスク転嫁に係わる「表見代理」規律は、「信認欠如代理行為」に、Aが「何らかの関与」をしている場合に、〈本人・代理人・相手方三者「代理システム」利用〉行動様式の安心安全の保障と促進の見地から、Aに代理リスクを転嫁させることを「法定」するものとして「第二規律課題」次元で規律するものである。

そして、このような、Aの「信認欠如代理行為」への関与の状態とCの態様との相関関係に於いての代理リスク分配準則の策定は、あたかも、権利外親理論構成での「利益衡量」に近似するところがある。そこで、これまで、判例、通説が権利外親理論構成に立って形成してきた「利益衡量」準則も、代理リスク分配準則を定めるに当たって、妥当な範囲で援用してよい。ただ、その目的は権利外親理論構成のような「個人法理」レベルでの「帰責」の根拠づけのためではなく、あくまでも「システム法理」としての代理リスク分配準則のためのものであるにすぎないという見地に立って援用することが重要である。

注

(1) 民法（債権関係）の改正に関する検討事項（法制審議会・民法（債権関係）部会資料〈詳細版〉四〇六頁（平成二三年・民事法研究会）。

(2) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲書二二五頁。

(3) 私見では、「無権代理」や「表見代理」は「代理許諾意思表示」代理権「不存在行為現象に対応するための規律であり、それは、「信認関係」崩壊事実への「関与」ないし「信認度」により規範化するのが妥当と主張してきた（拙稿・代理法理の探究——「代理」行動様式の現代的進化のために 六六六頁、七〇四頁、七二六頁、七三七頁（平成二三年・日本評論社）。しかし、「信認関係」崩壊事実」はやや不明確であり、それは「信認関係」が崩壊した状態での代理行為を意味するものであることから、「信認関係」崩壊事実」を「信認欠如代理行為」に改め、「無権代理」「表見代理」を「信認欠如代理行為」への関与ないし「信認度」により規範化するのが妥当」に改めるものである。このことから、「本論文の（中）」法律論叢八四卷一号一四二頁、一四三頁での「信認関係」崩壊事実」を「信認欠如代理行為」に改める。

(3) 「表見代理」の法的効果についての再検討

(i) 「表見代理」の効果内容

現行「表見代理」規定は、民法一〇九条及び一一〇条は「その責任を負う」とし、通説、判例は、これを履行責任と解している。民法一一二条は「代理権の消滅は・・對抗することができない」としていることから履行責任と解されている。この意味では、履行責任とみるのが文言にもっとも適合するようにみえる。ただ、表見代理の法的構成との関係においてみると、表見代理法律行為構成や表見代理有権代理的構成は表見代理の根拠を本人の代理権限授与行為という「効果意思」に求めるものであることから「履行責任」とみるのは当然といえる。しかし、通説、判例は、この

ような法的構成に立脚しているわけではない。また、近時、有力とされている表示責任的構成や意思表示準則規定類推適用構成も、表見代理の効果を本人の表示を「表示認識」ないし「意思表示類似」とみて本人の意思的関与に求めることによって履行責任とみるのが妥当とする。それは、本人の効果意思ではなく、このような本人の意思的関与に求めるだけで、なぜ履行責任を根拠づけることができるのかは明らかでない。現に、ドイツ代理法では、外見代理については、本人の意思的関与を強調することによって意思表示準則規定を類推適用（ドイツ民法一一七条と一二二条の類推適用）により「信頼利益の賠償」に留めるべきであるとの見解のみられることは前述したところである。このことは、ドイツ代理法における外見代理と必ずしも同様であるか否かは検証の余地はあるものの、わが国も、最も多く問題とされている、本人が代理権限授与表示の行われることを知りうべきであったのに知らなかった場合（過失不知）の表見代理については、信頼利益の賠償に留めるのが妥当とするものと解される。さらには、支配的見解とされてきた権利外観的構成では履行責任を根拠づけることはできないとの批判がなされており、表見代理不法行為的構成に至っては不法行為の効果として履行責任の責任を認めると民法の責任原理と矛盾するとも批判されている。このようにみえてくると、表見代理の法的構成から、表見代理の効果内容を履行責任とすることについては、当然に帰結するものではないようである。この結果、文言による解釈上の帰結は、法理論的には裏付けられたものではないということになる。そうだとすると、表見代理の法的構成との関係から、もう一度、文言解釈を再考する必要がある。

そこで、「表見代理」規律の改正に当たって、民法（債権法）改正委員会案では、本人は「自己に対してその行為の効力が生じないことを主張できなく」[1.5.35] [1.5.36] [1.5.37]と規定することによって、表見代理の効果内容は法律「行為の効果不帰属」主張排除効としている。すなわち、「その責任を負う」とは、「無権代理人の行為であるとの理由で、その行為の効果の自分に及ぶことを拒絶しえない、という意味である」「その責に任ずる以上、・無権代理行為

の効果である義務を負担するだけではなく、権利も取得する。権利はとくに追認しなければ取得しないと解する説もあるが、そうまで解する必要はないと思う」⁽¹⁾と解する通説的見解を明確にしたものと説明されている。⁽²⁾このことからすると、表見代理の効果内容としては、履行責任にとどまらず本人・相手方間に当事者効果まで発祥帰属するとするものである。それは、表見代理を主張して本人から相手方に対して効果の帰属を主張することができないとする点で差異が生ずる可能性はあるかも知れないが、基本的には表見代理法律行為構成や表見代理有権代理の構成によるのと同様の法的構成に依拠するものといえる。しかし、「表見代理」は、「効果意思」規範に基づく「第一規律課題」次元において、本人・相手方間には当事者効果を発祥帰属させることができないことから生ずる代理リスクの適正配分のための規律であることからすると、再度、当事者効果が発祥帰属するものとして規律することは理論的に矛盾するものとして許容されるものではない。

注

- (1) 我妻栄・新訂民法総則三六六―三六七頁(昭和四〇年・岩波書店、幾代通・民法総則四〇一頁(昭和五九年・青林書院)など。
 (2) 民法(債権法)改正委員会編・前掲書二五八頁。

(ii) 「表見代理」の法的効果についての私見の展開

代理人の「信認欠如代理行為」にAが「何らかの関与」をしている場合、前述したリスク分配準則に基づいてCはAにリスクを転換することができる。これが「表見代理」の法的効果である。そして、このようなリスク転換効果の認められるのは、「代理なる法律行為」を〈代理「行為システム」〉ないし〈代理「取引システム」〉としての安心安全に利用できるものであることを保障するための「信認関係」の維持の見地から、「法定効果」としてであって、「意思効果」ではない。なお、「表見代理」の法的効果規律については、CのAへのリスク転換の場面と、Aに転換されたり

スクをBに再転換する場面での二面の規律が必要である。とくに、従来は、後者については、A・B間の「内部関係」の問題としてきたきらいがある。このことから、代理のところでは、余り論じられてこなかった。しかし、「代理なる法律行為」の規律に当たっては、A・B間の内部関係と外部関係の分離、独立と無因性を貫徹するだけではなく、それはA・B・C三者間の外部関係に係わる規律として自己完結させるべきである。A・B・C三当事者法律行為から生じたリスクを、最終的にはA・B間の内部関係の問題としてのみ処理することは、A₁B対Cの構図を前提としての法的構成の名残を留めるもので、A・B・C三者が等位置に在るものとの構図を前提としての代理法理としては妥当とはいえない。

① 相手方から本人へのリスク転換 問題は、その効果内容である。私見の立場に立つてみると、「表見代理」は、代理人の「信認欠如代理行為」によってCに生ずるリスクをAに転換するための法理であるにすぎない。その場合に、Cに生ずるリスクとして通常、考えられるのは「信認関係」にあるものと「信認」して行為をしたことによるリスクである。そこで、その法定効果の内容としては、「信認」したことによって生ずるリスク「信認利益」の賠償で十分である。もつとも、このような「信認賠償」に限るとすると、Cは、安心して、「代理なる法律行為」を用いて行為や取引を行うことができなくなり、代理制度は活用されなくなるとの反論は予想される。しかし、「表見代理」の場合に、Aに履行責任を課すことは、代理人による「信認関係」欠如によるリスクの全てをAに転換することを意味する。「代理なる法律行為」を本人の私的自治の補充・拡張ないし本人の分業化にのみ奉仕する制度であるときとは、それでも不都合はないかも知れない。しかし、これに留まらず現代及び将来社会におけるA・B・C三者のための〈代理「行為システム」〉ないし〈代理「取引システム」〉とみるときは、三者、それぞれに利益を受けると共に、リスクは三者に適正配分することも必要となる。このことから、Cも、〈代理「行為システム」〉ないし〈代理「取引システム」〉

に参画している以上は、Cも、それなりの「代理リスク」負担をすべきであり、Aに「代理リスク」の全てを転換できるとするのはリスクの適正配分とはいえない。

② 本人の代理人へのリスク転換 なお、このようにして、CからAに転換されたリスクは、「信認関係」欠如を作出したBに転換できるものとする必要である。すなわち、AはBに対し、Cから転換された「信頼利益の賠償」の範囲におけるリスクを転換できるとするものである。それは、「代理」規律上のリスク転化であつて、A・B間の内部関係における契約上の義務違反とは異なるものである。A・B間の内部関係における契約上の義務違反に基づく責任の場合は、A・B間の内部関係における様々な権利義務関係を考慮して決められることになるが、この「代理」規律上のリスク転換は、Bが「信認欠如代理行為」を作出したという事実の存在のみで、法定効果として認められるものと規律すべきである。このように、Aは、Cから転換されたリスクをBに転換できるという関係にあることをも考慮すると、CからAへのリスク転換は「信頼利益の賠償」の範囲とするのが適切ということにもなる。

(4) 表見代理の統一化と類型的規律の必要性

現行「表見代理」規定では、現象的にみて代理権不存在の場合の代理行為に関する規定として一〇九条、一一〇条と一二条がある。しかし、前二者と後者とでは、書き振りが異なる。民法起草者も、意識的に相互に関連づけて規定したわけではなかったとも言われている。⁽¹⁾このことから、司法研修所民事教官室では、一〇九条と一一〇条は表見代理規定ではあるが、一二条は代理権の消滅原因があるのに消滅の効果が生じない場合について定めたもので性質を異にするとみている。⁽²⁾ただ、中島博士は、これらの三者は、有権代理の欠点を補うものにして取引の必要上、善意の

第三者を保護する公益規定であるとして統一的に捉え、これが一般化し、今日では、いずれも表見代理規定と解されている。たとえば、佐久間教授も、表見代理は本人・代理人間の内部関係において行為者に代理権が存在しない場合に、外的に看取し得る諸事情から代理権の存在を正当に信じた相手方を保護する法理と考えるならば三者には差異はないとする。⁽⁴⁾ 私見としても、「三当事者法律行為」形象からみると、有権代理は本人の「代理許諾意思表示」が存在する場合の「代理なる法律行為」の規定であり、無権代理は本人の「代理許諾意思表示」が存在しない場合の「代理なる法律行為」の規定であるが、本人の「代理許諾意思表示」が存在しない場合の「代理なる法律行為」ではあるが、そのことに本人が「何らかの関与」をしている場合に無権代理とは異なるものとして規律するものであるとみて統一的に取り扱うのが妥当ということになる。すなわち、前述したように、表見代理は、代理人の「信認欠如代理行為」に本人が「何らかの関与」をしている場合の規律ということになる。そうだとすると、「表見代理」規律改正に当たっては、これを抽象的に規律することも考えられないわけではない。しかし、Aの関与態様が重要であることから、Aの「信認欠如代理行為」への関与の態様類型に応じた規律がベターということになる。現行「表見代理」規律では、三類型につき規定し、判例、学説では、それらの重畳類型も認めている。特に、これら以外の類型を想定する必要はないと思われることから、これらの類型を前提とする類型別規律を踏襲してよい。

注

- (1) 佐久間・前掲書二六二頁。
- (2) 司法研修所民事教官室・増補民事訴訟における要件事実第一巻八七頁以下（昭和六一年・法曹会）。
- (3) 中島・前掲書一七六頁、一八三頁。
- (4) 佐久間・前掲書二六三頁。

(5) 本人の「代理許諾」表示Ⅱ代理権授与表示の表見代理規律の課題

(i) 序

現行民法一〇九条は、Aの関与としてはBに代理権授与の表示をしていること、Bが表示代理権の範囲内でCと行為をしていること、Cが代理権不存在につき「知」又は「過失不知」でないときは、Aはその責任を負うとする。民法（債権法）改正委員会案「J.135」は、①Aの関与としてはBに代理権授与の表示の態様を、Aが与えていないことの「不知」、「知」、「過失不知」の三態様にわけ、Cの態様に差異を設け、②Cが表示代理権の範囲外でCと行為をした場合、③Aが自己の名称使用をBに認めた場合、④AがBに代理権を与える旨の書面を交付した場合につき規定することを提案する。そこで、これらの改正提案を中心に規律デッサンを試みる。

(ii) 本人の「代理許諾」表示「内」表見代理の特徴

本人の「代理許諾」表示「内」表見代理は、ABC三者が〈代理「行為システム」〉を用いて行う行動様式において生ずる行為現象にかかわる規律である。それは、Aが代理許諾Ⅱ代理権授与の「効果意思」がないのに「代理許諾」表示Ⅱ代理権授与表示を行っている状態にあるのに、BがCにAの「代理許諾」意思表示Ⅱ代理権の授与があったものとして「代理行為意思表示」を行い、CがAの「代理許諾」意思表示Ⅱ代理権の授与があったものとして「代理承認意思表示」を行うという行為現象についての規律である。有権代理との違いは、Aが「代理許諾」表示Ⅱ代理権授与表示を行っているが代理許諾Ⅱ代理権授与の「効果意思」が欠缺しているがゆえに、「効果意思」規範に基づく「第一規律課題」次元ではA・C間に当事者効果の発祥帰属が認められない点にあり、Cに代理リスクが生ずることになる。

そこで、Aが「代理許諾」表示＝代理権授与表示を行っていることに注目して、Cに生じている代理リスクの適正配分につき規律するものである。

このことから、本人の「代理許諾」表示「内」表見代理を表見代理法律行為として構成する見解は、三当事者法律行為が成立するとみるのか二当事者法律行為が成立するとみるのかは明らかではないが、後者だとすれば、その捉え方は基本的に誤ったものである。前者だとすれば、その捉え方は正当であるものの、Aの「代理許諾」表示＝代理権授与表示は「表示意思」が欠缺するのではなく「効果意思」が欠缺するため、仮に「表示意思」は「意思表示」の要素ではないとの見解に立ったとしても、Aの「意思表示」を觀念することができないことから、三当事者法律行為が成立していたと構成することはできない。表見代理有権代理的構成も三者関係として構成する点では妥当といえるが、Aの「代理許諾」表示＝代理権授与表示をもって直接、Aの「代理許諾意思表示」＝代理権授与表示が存在するものとする点は、Aの「代理許諾」表示＝代理権表示の「効果意思」が欠缺していることから妥当とはいえない。仮にAの「代理許諾」表示＝代理権授与表示をもってAの「代理許諾意思表示」＝代理権授与表示であるとみても、有権代理となるためには、「代理なる法律行為」はABC三者が関与する〈代理「行為システム」〉を用いての行動様式であることから、そのことがBの「代理行為意思表示」とともに通知され、それを前提としてCが「代理承認意思表示」を行うことが必要となる。しかし、表見代理有権代理的構成は、AのCに対する直接の「代理許諾意思表示」＝代理権授与表示を前提とすることから、この点で妥当性に欠けるものである。表見代理不法行為構成は、Aの「代理許諾」表示＝代理権授与表示をもって直ちに「違法」とみるものである。しかし、Aが、故意や過失で「代理許諾」表示＝代理権授与表示を行っただけで「違法性」を認定するのは、不法行為の法理に違背する。そのことによって、Cに対する「権利ないし利益侵害」があったかどうか議論することも不可欠である。そして、仮に、かかる侵害がみら

れる場合は、不法行為一般の問題として処理すべきであり、代理リスク配分のための表見代理とは別次元の問題とみるべきである。支配的見解であつた権利外観理論構成は、Aの「代理許諾」表示⇨代理権表示はAの「代理許諾意思表示」⇨代理権授与表示である点とみることができないとする点では妥当である。ただ、このAの「代理許諾」表示⇨代理権表示をCが信頼したことによる責任と構成する点は、A対Cの關係に歪曲するものであり、A・B・C三者が〈代理「行為システム」〉を用いて行う行動様式において生ずる行為現象の規律としては妥当とはいえない。表示責任構成はAが「代理許諾」表示⇨代理権表示に際して「表示意識」を持つていたことをCに対する有責の根拠とするわけであるが、Bの行為は考慮されていない。A対C間の關係に歪曲するものであり、権利外観理論構成と同様の過ちに陥っているものといえる。意思表示準則規定類推適用構成はAの「代理許諾」表示⇨代理権表示はBを通じてのものであるとみる点では妥当といえる。ただ、代理リスク配分の次元では、表示責任構成と同様にAの「表示認識」をCに対する帰責と捉え、かつAはCに対して「意思表示」ではないが「意思表示に類似」する「代理許諾」表示⇨代理権表示を行っているとみて二当事者間法律行為を前提とする意思表示準則規定を類推適用し、その分配準則とするものであるが、この点ではA・B・C三者が関与する〈代理「行為システム」〉を用いての行動様式における行為現象にかかわる規律としては適切とはいえない構成である。

このことから、本人の「代理許諾」表示⇨代理権表示表見代理は、Aが「代理許諾」表示⇨代理権表示をしているものの「効果意思」が欠缺するにもかかわらず、Bが「代理行為意思表示」においてAの「代理許諾意思表示」⇨代理権授与行為が在るものとして通知し「信認欠如代理行為」を行っている場合、すなわち、Bの「信認欠如代理行為」にAが「表示原因関与」している場合に、Aに「代理許諾意思表示不存在リスク」を「法定」するものとして構成すべきである。その際、本人の「代理許諾」表示⇨代理権表示表見代理では、「代理許諾意思表示」外⇨代理権限外表

見代理や「代理許諾意思表示」消滅後Ⅱ代理権消滅後表見代理とは異なり、本人自身が「代理許諾」表示Ⅱ代理権表示を行ったことが前提となっていることから、かかる本人による「代理許諾」表示Ⅱ代理権表示を行ったことの態様をも勘案して、その「法定」効果としての代理リスク配分を判断する必要があるという特徴がみられることである。

（Ⅲ） 本人の「代理許諾」表示「内」表見代理の態様と相手方の態様

本人の「代理許諾」Ⅱ代理権表示に関しては、意思表示ではなく觀念の通知とみるのが通説、判例である。ただ、意思表示に関する規定の類推適用については、かつては異論はあつたが、今日では異論はみないといわれている。⁽¹⁾⁽²⁾このことから、民法（債権関係）改正部会でも、代理権授与表示に意思表示規定が類推適用される場合の具体的な規律を条文中も明らかにするため錯誤に類する規律を設けることを提案する。⁽³⁾民法（債権法）改正検討委員会案も、この民法（債権関係）改正部会提案と同旨に立場から、錯誤の規律に即して本人の表示についての態様と相手方の態様との相關関係を具体的に規定することを提案する「1.5.35（1）」。⁽⁴⁾これに対して、審議会では、錯誤の類推だけではなく狭義の心裡留保に関する規律の類推も必要とする意見や、弁護士会ではこんなところまで書くのかの消極説が多いとの意見はみられるものの、意思表示準則に依拠することには異論はないようである。佐久間教授も、代理権授与表示の存在をもって、本人による表示の瑕疵の主張が認められる場合を除き、一〇九条による表見代理責任が本人に生ずるとし、表示の瑕疵の主張が認められる場合の準則については意思表示諸準則によるのが妥当として詳細に検討されている。⁽⁷⁾丹野教授は、錯誤の類推適用は専ら本人の主観的要素が斟酌されるのみであって、相手方の主観的要素（善意無過失）は斟酌されないため、九三条ただし書きの類推適用が適当として、⁽⁸⁾最高裁判決が相手方の悪意または過失を主張することにより、一〇九条表見代理責任を免れることができるとした根拠を意思表示規定の類推適用に求める。しかし、このような意思表示規定の類推適用の前提は、Aが錯誤あるいは心裡留保によってCに「代理許諾」Ⅱ代理

権授与を表示した状態とみることを前提としたものと推察される。これは、本人の「代理許諾」表示⇨代理権授与表示による表見代理をA対Cの二当事者間の問題に歪曲して規律しようとするものである。本人の「代理許諾」表示⇨代理権授与表示による表見代理は、BがCとの関係でAが「代理許諾意思表示」⇨代理権授与行為をしたものとして行為が行われたのに対して、Aは、そのような意思表示を行ってはいなかったことから生ずるリスク処理に当って、本人の「代理許諾」表示⇨代理権授与表示の存在に注目した規律である。すなわち、AのCに対する表示という二当事者関係におけるリスク処理のための規律ではない。このことからする、二当事者間意思表示を原則とする民法の意思表示規定を類推適用することは妥当とはいえない。

そのことから、本人の「代理許諾」表示⇨代理権授与表示による表見代理は、Bの「信認欠如代理行為」に、Aが「代理許諾意思表示」⇨代理権授与行為についての「効果意思」がないにも係わらず「代理許諾」表示⇨代理権授与表示を行っているという「自己表示関与」をしていることに注目し、Aのこのような「関与」の態様とCの態様との関係において代理リスクの配分を法定するための規律とみるべきである。このことからすると、本人の「代理許諾」表示⇨代理権授与表示による表見代理における代理リスク分配準則については、現行一〇九条よりもきめ細かく規律するのが妥当ということになる。その場合の代理リスク分配準則としては、Aが「自己表示関与」をしている場合でも、Cが「代理許諾意思表示」⇨代理権授与行為の不存在を「知っていた場合（以下、C「悪意」と称する）」にはAの「自己表示関与」の態様の如何に係わらずCがリスク負担を覚悟しているものといえるからAがリスクを負担するものではないとしても、〈代理「行為システム」〉を用いての行動様式の安心安全を損なうことはない。それ以外の場合は、Aにリスクを負担させてよい。Aが、その表示された「代理許諾」⇨代理権を与えていないことを「知らなかった場合（以下、A「善意」と称する）」あるいは「軽過失で知らなかった場合（以下、A「軽過失不知」と称する）」でも同様とみてよ

いか若干問題となるが、Aは自ら「自己表示関与」をしていることからリスクを負担させてよい。それは、Cに不存在について「重過失で知らなかった場合（以下、C「重過失不知」と称する）」も同様とみてよい。このことからすると、民法（債権法）改正検討委員会案では、A「善意」の場合、C「重過失不知」がない限り、Aが効果不帰属を主張できるのを原則としてゐる点 [1.5.35 (1) (7)] に疑問が残るなど、意思表示準則によるのが妥当といえるか疑問である。

注

- (1) 中島・前掲六一四頁。
- (2) 於保不二雄編・注釈民法(4)(椿)一〇八頁(昭和四二年・有斐閣)。
- (3) 法制審議会民法(債権関係)部会資料一三二・八二頁以下。
- (4) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲書二五六頁。
- (5) 法制審議会民法(債権関係)部会第一三回議事録二頁(山本(敬)幹事)。
- (6) 前掲、第一三回議事録七頁(岡委員)。
- (7) 佐久間・前掲書一〇八頁以下。
- (8) 丹野達「民法一〇九条の一側面」法曹時報四九卷三三三頁、三二注(34)、同頁、石田・前掲書四二四～四二五頁、四二九頁。
- (9) 最判昭和四一・四・二二民集二〇巻四号七五二頁。

(iv) 本人の「代理許諾」表示「外」Ⅱ代理権表示「外」表見代理

現行民法一〇九条と一一〇条の重畳適用される場合の表見代理である。通説は、これを肯認する。⁽¹⁾ 判例は当初、否定したが、その後、肯定するに至っている。⁽²⁾ 民法(債権関係)改正部会でも、条文化することを提案し、⁽³⁾ 中身は反対ではないが重畳適用まで条文に書く意味があるのかとの意見がみられる。⁽⁴⁾ ⁽⁵⁾

ところで、本人の「代理許諾」表示「外」表見代理では、Aの「自己表示関与」の範囲を超える表示についてもA自らの表示といえるか問題になる。このことに関して、佐久間教授は、一〇九条の代理権授与表示については相手方の

主観的要件がその存否認定の判断に取り込まれているとの立場から端的に相手方が表示に付与した意味に正当理由があれば、そこまで代理権授与の表示がなされたと解釈してよいとされる。⁽⁷⁾ かかる見解に立つときは、一〇九条・一一〇条の競合適用は不要になり、本人の「代理許諾」表示⁽⁸⁾「内」表見代理と異なる規律を必要としないことになる。これに対して、民法（債権法）改正検討委員会案では、代理権授与と表示の有無自体は表示の外形から客観的に判断するとの立場に立つて別途規定を置くことが望ましいとしながら、相手方に「代理権があると信すべき正当な理由」があるときは、本人の「代理許諾」表示「内」表見代理規律と同様とする「1.5.35〈2〉」。しかし、代理権授与と表示の解釈に関する、これらの見解は、AがCに直接、表示をした場合を前提としての解釈である。しかし、本人の「代理許諾」表示「外」の場合は、BがCに、Aの「自己表示関与」を超える「代理許諾意思表示」⁽⁹⁾代理権存在の表示をした場合の処理が問題とすべきであることから、端的に意思表示の解釈を前提とする見解は妥当とはいえない。

このことからすると、本人の「代理許諾」表示「外」表見代理規律では、Bの「信認欠如代理行為」へのAの関与は、本人の「代理許諾」表示「内」表見代理と異なる関与のあることに注目して、別途規律する必要がある。そして、そこでの代理リスク配分準則として重要なことは、BがAの「自己表示関与」の範囲を超える「表示」に対応するリスク負担については、A自らの「自己表示関与」に基づくものではないことから、A「善意」でC「重過失不知」である場合には、Aは代理リスクを負担するものではないとするのが妥当といえる。

注

(1) 我妻栄「判例批評」判例民事法対象一〇年度五八一頁以下、川島武宜・民法総則三七四頁（昭和五一年・有斐閣）、四宮和夫・民法総則第四版二六一頁（昭和五七年・弘文堂）、於保・前掲書（注釈民法）一〇五頁（椿）など多数。

(2) 大判大正一〇・一一・一四民録二七輯二〇一一頁。

(3) 最判昭和四五・七・二八民集二四卷七号一二〇三頁など。

- (4) 前掲、部会資料一三一二・九八頁。
- (5) 前掲、第一三回議事録七頁（岡委員）。
- (6) 佐久間・前掲書一一三頁。
- (7) 佐久間・前掲書二八〇頁。
- (8) 佐久間・前掲書二八二頁、同旨、高橋・前掲書三三六頁。
- (9) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲書二六三頁。

(v) 代理権授与書面交付Ⅱ 白紙委任状交付

現行民法一〇九条表見代理が実際に適用される主たる場合が本人が白紙委任状が交付しているが、代理人が、これを濫用して本来予定していない代理行為を行った場合である。

この場合で、白紙委任状の被交付者が代理行為をしているときは、一〇九条表見代理の適用を認めるのが、通説、判例とされている。ただ、三宅博士は、白紙委任状が補充されないまま提示した場合（非補充提示型）には代理権授与表示は未完成であり一〇九条の適用はなく、不当補充後の提示の場合はこれに対応する本人の意思を欠き九五条の無効となるとみる。また、被交付者からの転得者さらには転々得者が代理行為をしたときについては、判例は委任事項欄が濫用されていない場合（委任事項非濫用型）は代理権授与表示があつたとして一〇九条の適用を認め、委任事項欄が濫用された場合（委任事項濫用型）は代理権授与表示をしたとはいえないとして一〇九条の適用を否定する、⁽²⁾ などに分かれている。このような判例に対して学説の見解は分かれている。⁽³⁾ 佐久間教授は、本人が白紙委任状を、それにより代理人を通じて新たに自己の法律行為を行うことになりうると認識しつつ交付した場合には、その委任状が代理行為者により相手方に呈示され、相手方が代理行為者に代理権ありと正当に信じたときは、本人による代理権授与表示があるとされ、一〇九条の表見代理が成立する。本人の予期しなかった者が代理行為者として呈示した場合も本

人の表示であることを左右するものではないが、代理権授与表示の内容が本人の意図と大きく食い違うときは九五条の類推準則により本人は表見代理責任を免れるとする。⁽⁴⁾

このような状況から、民法（債権関係）改正部会では、白紙委任状の呈示が代理権授与の表示に当たるかどうかが問題となるとされているところ、呈示が被交付者か転得者などを問わず、代理権授与の表示を相手方にしたものと推定する旨の規定を新設することを提案する。⁽⁵⁾ 民法（債権法）改正検討委員会案も、判例法理のうち被交付者呈示型の場合には代理権授与表示の推定ルールによることは問題がないし、転得者濫用型の場合には判例は代理権授与表示を否定しているが、学説には、これを肯定した上で、九五条を類推すれば足りるとする見解のあることから、推定ルールを規定した上で、錯誤準則に基づく「1.5.35〈1〉」により表見代理責任の成否を判断するのが妥当と提案する。⁽⁶⁾ つまり、Bの白紙委任状の呈示をもってAの代理権授与の表示と推定し、Aがこのような表示をしたことについての責任を二当事者意思表示準則に則して判断するというものである。このことの結果として、Cが「重過失不知」である場合には、Aは表見代理責任の免責を主張できると帰結する。部会審議では、これらの提案に積極的に賛成する意見がみられるが、⁽⁷⁾ 消極的意見が多くみられる。極めて特殊な具体的場面で、どこまでのことを民法に規定するのかの視点から検討する必要があるとか、白紙委任状を奨励することにならないかなど実際上の必要性への疑問、一〇九条の中に押し込むことは問題で別類型でとか、⁽⁸⁾ 実務的には白紙委任状は千差万別で一定に推定規律を設けるのは不可能、⁽⁹⁾ 推定を基礎づける経験則に疑問、⁽¹²⁾ 中身的な問題で無理ではないかなど推定規定を設けることについて理論上の問題点の指摘がある。⁽¹³⁾

ところで、Aの交付した白紙委任状を、Bが濫用して、Cに呈示し、Cが白紙委任に対応した本人の「代理許諾意思表示」＝代理権授与の存在しないことにつき「不知」でBと代理行為をした場合の「代理リスク」の規律に当って、BのCに対する呈示をもって意思表示理論上の表示に当たることを前提として規律しなければならないものなのかと

うか疑問である。もし、このような思考による場合は、BのCに対する白紙委任状の呈示の態様は部会審議での一部の委員の指摘のように様々である。白紙委任状の被交付者呈示型・転得者ないし転転得者呈示型、委任事項欄非濫用型・委任事項濫用型、受任者名記載型・受任者名非記載型などが組合わさった態様が考えられるわけで、その内のどの態様がAの代理権授与の表示とみることができるかにつきいちいち検討しなければならないわけで、部会審議での一部の委員の指摘のように不可能に近く、規定しきれるものではない。しかし、ここでの規律は、前述したように、「効果意思」規範に基づく「第一規律課題」次元では本人に当事者効果を発祥帰属させることができることを前提として、そのことによって生ずる「代理リスク」配分についての「第二規律課題」次元における規律であることをから、意思表示理論上の表示であるかどうかの問題として捉える必要性はない。それどころか、そのことを問題としても、「代理リスク」配分の準則を見出す手がかりとなるものでもないことは前述したところである。この場合には、Bの「信認欠如代理行為」に、Aが、どのように関与しているとみるかである。ここでの関与は、端的に、Aが「白紙委任状を交付した」ことに尽きる。そのことは、一般に、Aが、白紙委任状を呈示して代理行為をしている者に呈示されている事項について「代理許諾意思表示」⁽¹⁴⁾ 代理権授与をした旨の「自己表示関与」をしていることを意味するものである。Bの「信認欠如代理行為」についての、Aのかかる「自己表示関与」に注目するとき、Bの呈示がどのような態様であったかに関係なく、Aに「代理リスク」を負担させるのが妥当ということになる。Aのかかる「自己表示関与」は、白紙委任状の交付という極めてリスク性の高いものであることを承知しての「自己表示関与」であることからすると、Cが「重過失不知」であったとしても、Aにリスク負担をさせるのが妥当ではないかと思われる。

注

(1)

最判昭和四一・四・二三民集二〇卷四号七五二頁、最判昭和四二・一一・一〇民集二二卷九号二四一七頁。

- (2) 最判昭和三九・五・二三民集一八卷四号六二一頁。
- (3) 判例に賛成する見解として(幾代通・民法総則三七四頁(昭和四五年・青林書院新社)、谷口知平「判批」民商五二卷一号一〇八頁)。判例を批判する見解は、転得者によって濫用された場合にも表示の存在を認めた上で、相手方の善意・無過失の判断によるべきとする(川井健「判批」法学協会雑誌八九卷三号三四八頁、四宮和夫「判批」法学協会雑誌九一卷七号一一一六頁、丹野・前掲六三一頁など)。
- (4) 佐久間・前掲書一六八頁。
- (5) 前掲、部会資料一三一二・九四頁。
- (6) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲書二六四頁以下。
- (7) 前掲、第一三回議事録三頁(山本(敬)委員)。
- (8) 前掲、第一三回議事録四頁(中井委員)。
- (9) 前掲、第一三回議事録六頁(村上委員)。
- (10) 前掲、第一三回議事録四頁(道垣内幹事)。
- (11) 前掲、第一三回議事録三頁(深山幹事)。
- (12) 前掲、第一三回議事録六頁(村上委員)。
- (13) 前掲、第一三回議事録七頁(岡委員)。
- (14) 白紙委任状呈示の意味づけについては、我妻博士も「白紙委任状を交付することは、一般に、その所持者に代理権を与えた旨を表示することになる」と解されているのと同旨であるが、ただ、我妻博士は、この表示を、判例、通説のいう本人の代理権授与の表示とみて一〇九条の適用を肯認する(我妻・前掲書三六四頁)点で基本的には異なるものである。

(vi) 自己名称使用許諾

他人に自己の名称を使用して法律行為をすることを認めた場合も一〇九条表見代理が問題とされる代表的な場合の一つといわれている。⁽¹⁾判例は、この場合、「民法一〇九条、商法二三条(現行一四条)等の法理に照らして」本人の表見代理責任を肯定する。⁽²⁾民法(債権関係)改正部会では、このような判例の考えを条文上明確にすることを提案する。⁽³⁾

民法（債権関係）改正部会案でも、この場合も、代理権授与表示による表見代理規定を準用するとして、明文化する
 いづを提案する [1.5.35 (3)]。

しかし、自己名称使用許諾の場合は、Bは許諾されたA名義でCと法律行為を行い、CもBがAの代理人であるとしてではなくBをAとみて行為をしている。Bは、顕名を欠くことから「代理なる法律行為」とみることができない。⁽⁴⁾
 そして、この場合に、当事者効果が発祥帰属するのは行為者であるB自身であると解すべきである。このことからそこで問題になるのは、自己名称の使用を許諾したAにも責任を負わせるか否かであるとみるべきである。判例が、一〇九条の適用あるいは類推適用ではなく「一〇九条の法理に照らして」ととめているのも、かかる思考による結果と推察される。そうだとすると、Bに当事者効果が発祥帰属することを前提とした上で、Aは、B・C間行為から生ずる「債務」につき連帯して負担するのが妥当ということになる。このことからすると、昭和一三年商法改正による自己商号使用許諾（現行商法一四条）やその後の会社商号使用許諾（会社法九条）及び法人名称使用許諾（一般法人法九条）などの規定を設け、名称使用許諾者は名称使用者と「債務の弁済」につき連帯責任がある旨を明記したことは妥当である。一般法である民法において、これらと異なりAにのみ表見代理責任を課する旨の規定を設ける理由はどこにあるのか不可解である。かつまた、かりに、一般法である民法に、このような規定を設けた場合、判例のような重畳適用される可能性があり、その結果、これら特則規定とは責任内容が異なることから、解釈上の混乱を招きかねない。それよりも、昭和一三年商法改正で一〇九条をもち出す必要はなくなっているとか、一〇九条に対する切実な需要はなくなったといわれていることからすると、民法のみが適用される場合には、解釈に委ね、とくに規定しない方がベターということになる。⁽⁶⁾

注

- (1) 於保編・前掲書一一頁(椿)。
- (2) 最判昭和三五・一〇・二一民集一四卷一二号二六六一頁。
- (3) 前掲、部会資料一三一二・九五頁。
- (4) 民法(債権法)改正検討委員会案では、「本人の名であることを示して」と改めることによって、Aの名での行為も顕名したものと解しているが、その妥当でないことは前述したところである(拙稿「『代理』規律改正のためのデッサン—民法(債権関係)改正議論を契機として—(上)」法律論叢八三卷六号二九頁以下参照)。
- (5) 安永・前掲(奥田昌道編・現代私法学の課題と展望(中))五〇九頁(昭和五七年・有斐閣)。
- (6) 於保編・前掲書一二頁(椿)。

(6) 本人の代理許諾意思表示Ⅱ代理権限「外」の行為の表見代理

(i) 序

現行民法一一〇条は、Bが権限外の行為をしたとき、AがBに、その基礎となる「権限」を授与し、Cに権限があると信ずるべき「正当な理由」がある場合には、Aはその責任を負うとする。民法(債権法)改正委員会案[1.5.36]は、一一〇条規定を維持してよいとしながら、①「権限」は代理権に限らないことを明確すること、②「正当な理由」の判断要素を判例において考慮されているものを基礎として明示すること、③Cからの転得者等との関係を明確にすること、が必要と提案する。これらの提案は、従来も議論されてきたことに係わるものであり、これらの諸点を中心に規律デッサンを試みる。

(ii) 本人の代理許諾意思表示「外」 代理権限「外」 表見代理の特徴

本人の代理許諾意思表示「外」 代理権限「外」 行為表見代理も、A・B・C三者が「代理」「行為システム」を用いて行う行動様式において生ずる行為現象に係わる規律である。それは、AがBに「代理許諾意思表示」 代理権限授与をしているが、Bが「代理許諾意思表示」 代理権限の範囲外の行為についてもAから「代理許諾意思表示」 代理権限が授与されたものとして「代理行為意思表示」を行い、CがBによって表示された範囲においてもAの「代理許諾」 意思表示 代理権の授与があったものとして「代理承認意思表示」を行うという行為現象についての規律である。このような行為現象の場合には、「効果意思」規範に基づく「第一規律課題」次元では、AがBに「代理許諾意思表示」 代理権限授与をした範囲内のB・C間行為についてはA・C間に当事者効果の発祥帰属が認められないことになる。そこで、本人の代理許諾意思表示 代理権「外」 行為表見代理規律は、このような場合にAの関与に注目して、Cに生じている代理リスクの適正配分を規律するものである。ただ、そこでのAの関与についてみると、本人の「代理許諾」表示 代理権授与表示表見代理の場合と異なることから、同様に規律することは妥当といえない。すなわち、A自身による「代理許諾意思表示」 代理権限授与の表示（「自己表示関与」）がみられず、Bによって作出された表示であるが、AがBに何らかの「代理許諾意思表示」 代理権限授与をしていることから、その原因において関与しているという特徴（以下、「表示原因関与」と称する）を有しているからである。

かかる観点に立つてみると、まず、AのBに対する「何らかの」「代理許諾意思表示」 代理権限授与が行われていることに注目して規律することが必要になる。そして、この「何らかの」範囲においてAの「代理許諾意思表示」 代理権授与のあることを表示して、BがCに「代理行為意思表示」 代理行為を行い、Cが「代理承認意思表示」

を行ったときは「代理なる法律行為」は有効に成立する。そこで、本人の代理許諾意思表示「外」＝代理権限「外」行為表見代理は、BのCに対する表示が、「何らかの」範囲に覆われていない表示の場合の規律ということになる。これについては、現行一一〇条表見代理との関係で、さまざまな法的構成が主張されている。まず、「何らかの」範囲に覆われていない表示の場合も、AのCに対する直接の「代理許諾意思表示」＝「代理権授与」とみる表見代理有権代理構成がみられる。⁽¹⁾すなわち、高橋教授は、表見代理責任も、私的自治原則を貫徹する立場から本人の意思（私的自治）に基づく法律行為上の責任とみるべきだとの立場から、一一〇条は *Duldungsvollmacht* に該当し、「他人が自己の代理人として行為しているのを知りつつ放置していて、世間一般には当然に一定範囲の代理権を伴うような地位を他人に託した者は、それによってこの他人に代理権を与えたことを外部第三者に通知しており、代理行為の効果を拒絶しえない旨を規定していると解釈され、・・・たんに代理権の外観ではなく真実の代理権が授与されている」とみるべきだとして、本人の帰責を根拠づける。⁽²⁾他方、表見代理は、本人が責任を負うことを前提としつつ、なお悪意者や有過失者を排除して本人の意思に対する不当な干渉を避ける制度でもあることから、相手方に「正当な理由」のないときは本人に對して代理行為の効力を主張しえない。⁽³⁾これは代理権濫用の理論によって説明されるとする。⁽⁴⁾そこで、佐久間教授は、これでは表見代理の成否は本人・代理人間で行われた代理権授与という意思表示の効力の有無の問題ということになると指摘されると共に、わが国の表見代理論に適合的とはいえないドイツ流の表示構成により、一一〇条の文言を簡単に読み替え、一一〇条に関して極めて多くのことを一刀両断的に切り捨てていると批判される。⁽⁶⁾それに加えて、かかる構成の前提となっている思考は、表見代理規律を私的自治と整合させるために、「効果意思」規範に基づく「第一規律課題」に内包するリスクを同次元内で処理しなければならないというもので、妥当性に欠けることは前述した通りである。とくに、かかる構成は、AがBに「何らかの」の「代理許諾意思表示」＝「代理権授与」したことをもって、

「全て」について「効果意思」をもってしたものとの擬制を前提とするものといわざるを得ない点で適切とはいえない。

また、Aが「代理権の範囲について限定しているのに限定が明らかにならないような『表示』がなされていること、⁽⁷⁾あるいは、通説は、本人への帰責性の観点からは必ずしも十全でないとした上で、「相手方の正当な信頼」と「当該越権代理事項が代理権で覆われていると信ずるに足る事情（代理権の外観）を知りつつあるいは知るべきであるのに知らないで、代理権授与の際代理人に手渡ししてしまったという意識的行為に求めざるをえまい」、それは、Aが「授与した代理権を超えて代理人に余分の衣を着せることで、外部に対しそれに相応する代理行為の結果を負担するとの『表示』をしたこと、⁽⁸⁾に基づく責任であるとする表示責任構成がみられる。そこで、佐久間教授は、かかる構成では、本人が「代理人に余分の衣を着せ」たことにあるとして、⁽⁹⁾「本人がそれと認識しつつ（ないし認識可能なのに認識しないで）」自ら作り出すことが必要であり、自らの作出（ないし容認）行為があつて初めて本人の表示があることになり、それが本人の帰責要件となるとみるものであると指摘する。⁽⁹⁾ そうだとすると、表示責任構成は、Bの作出した表示にAが「原因関与」していることをもって、A自らが作出した表示と擬制することを前提とするもので妥当性に欠ける。このことから、佐久間教授は、B作出表示もAの代理権授与の表示とみることができることを以下のように説明する。まず、Bに基本代理権を授与したAは、Bを通じて自己の私法法律関係を新たに形成する意思を有しつつ、その形成のために自己に代わって代理権授与の事実（代理資格証明）を相手方に伝えることを、Bに委ねているとする。⁽¹⁰⁾ この点は、私見の立場に立つてみても、「代理なる法律行為」の成立に必要な、Aの「代理許諾意思表示」はBの「代理行為意思表示」を通じてCに表示されるものであることから、この限りにおいては適切を指摘である。このことから、Bが、AがBに対してした「代理許諾意思表示」≡基本代理権の範囲内の事項につき「代理行為意思表示」を通じてCに表示をしたときはAの「代理許諾意思表示」の表示ということになり、この表示を受けてC

が「代理承認意思表示」をしたときは「代理なる法律行為」は有効に成立し、A・C間に当事者効果が発祥帰属することになる。問題は、Bが、AがBに対してした「代理許諾意思表示」¹¹⁾基本代理権の範囲「外」の事項（越権事項）をCに表示した場合である。佐久間教授は、越権事項につきAの代理権授与表示があつたといえるか否かは、意思表示解釈に準じて、相手方からみた規範的解釈により確定される。そこで、相手方が、代理行為時に認識可能な諸般の事情から、代理権ありと信ずるのをもつともだと思われるとき（¹²⁾正当理由のあるとき）、当該越権代理事項を覆う本人からの代理権授与表示があつたことになるとみる。その上で、このようなAの表示は意思表示類似の表示とみることができることから、意思表示諸準則を類推して、Aの表示の内容とAの真意との齟齬が重大であれば、九五条をして代理権授与表示の無効を主張することができるとする。そして、この場合は、Aに過失があれば契約締結上の過失責任ないし不法行為責任をAに追求できるし、Aに過失すらなければ、Cは一一七条により無権代理人の責任を追求しうるにすぎないとする。¹²⁾しかし、AはBに伝達依頼しているのは基本代理権の範囲の事項についてであつて、包括的に、特に越権代理事項部分まで伝達依頼をしているわけではない。越権代理事項部分はBが作出したものであつてAが表示を伝達依頼したものではない。かりに、Cが代理権ありと信ずるのをもつともだと思われる正当事由があつたとしても、それだけで、Bの作出した表示がAによる表示になるとはいえない。また、意思表示諸準則は、表示に対応する真意がない場合の準則を定めるものであることからすると、これを類推するには、Bの作出した表示がAの表示になるとみてきて初めて可能になるわけである。もつとも、このことは、代理人を本人によつて着手された法律行為の構成要件を先に延ばして相手方との共働において完成させる者とする佐久間代理論や、代理人を本人の意思の担い手とみて使者と同旨する本人行為説に立つ限りにおいては可能性がある。しかし、これまでの支配的見解であつた代理人行為説に立つてみると、Bが独自に意思決定するものとみていることから、Bの作出した表示をA

自らがCに表示したものととは到底説明できるものではない。このことからすると、この問題は、代理の法的構成論と密接に関係するものであり、とくに、私見のように「三当事者法律行為」形象として構成する立場では、A・B・C三者の意思表示はそれぞれが等位置において独立し協働するとみることから尚更与することはできない。また、このような法的構成は「代理なる法律行為」を、基本的にはA・C二者間法律行為に組み換えてのものであり、古い革袋のなかで対応するものとして、妥当でないことはしばしば指摘したところである。さらには、「正当理由」は、Aの表示とみるための要素としてしか位置づけていない。これは、Aの「表示原因関与」とCの「正当理由」との相関関係においてAへのリスク配分を決めようとする一一〇条の趣旨には違背するものである。

ところで、以上みてきたような諸構成は、Aの「表示原因関与」に注目するものとしては正当といえるものの、それをもって帰責要件と捉える点において適切性に欠けるものがある。その最大の原因は、本人の代理許諾意思表示＝代理権限「外」表見代理を本人の私的自治と整合させるために、「効果意思」規範に基づく「第一規律課題」次元に押し込めて規律しようとしたことにあるように思われる。

民法起草者は、AのBに対する代理権授与に注目する。そして、自己の権限を遵守しない不注意者を代理人に選んだAの過失とみて、一一〇条を不法行為に対する特別の責任と解する。⁽¹³⁾ここでは、一一〇条表見代理責任は、「意思規律」の問題としてではなく、不法行為という法定責任として規律するものであると構成する。その思考方法は正当である。ただ、Aの「表示原因関与」に過失があったとしても、それをもって違法といえるか疑問である。また、本人の代理許諾意思表示＝代理権限「外」表見代理責任は、「代理なる法律行為」に内包するリスクの適正配分に係わるものであって、不法行為責任として処理することは妥当ではない。

また、通説、判例は、基本代理権＝本人の静的安全を保障する最小限の要件、正当理由＝相手方の保護要件、とい

う一一〇条の二要件構造によっているといわれている⁽¹⁴⁾。しかし、両者の関係についてみると、Bがした越権代理事項の表示をCが信頼したことにつき「正当事由」があるとしてCを保護し、その一方で、Cの保護に偏ることを避けるために、AがBに基本代理権を授与していること、すなわちAの「表示原因関与」を調整要素とするものとみるべきである⁽¹⁵⁾。そして、ここでは、一一〇条表見代理責任は、「意思規律」の問題としてではなく、権利外観に対するCの信頼を保護するための法定効果として規律するものである。この結果、Cの「正当理由」を基本としながらAの「表示原因関与」との調和の問題に転嫁する嫌いがみられ、このことから、近時の有力学説からは、Aの「意思規律」⁽¹⁶⁾との批判を受けることになる。しかし、本人の代理許諾意思表示「代理権限」「外」表見代理規律は、Aの「意思規律」を前提としての帰責の問題ではないことから、かかる批判は正当とはいえない。それは、Cの外観信頼の保護につきるものではなく、Aへの代理リスクの配分にかかわる規律であることからすると、Aの「表示原因関与」を機軸として、法定効果として規律するのが妥当と思われる。また、我妻博士は「無権代理人と本人との間に特定の緊密な関係の存在する場合には、正当な代理人の行為と同様の効果を生じさせ」たのが表見代理であるとも主張されている⁽¹⁷⁾。これに対して、高橋教授は「緊密な関係」とは何なのか御教示願いたいと反論されている⁽¹⁸⁾。この我妻博士の見解が「効果意思」規範に基づく「第一規律課題」次元での規律においてであれば高橋教授の反論はもつともな面がある。しかし、かりに、私見のような「第二規律課題」次元における規律においてのリスク配分準則であるとすれば、一考に値するものがある。それは、最近、Canarisが、ファイナンスリースに関連して、三角ないし多角関係規律に当って、三当事者の遠近関係を一つの規律準則とする旨を提案していることから伺い知ることができるからである。そして、従来の支配的見解は、代理をA⇨B対Cの構図の下で捉えてきたことからすると、本人と無権代理人とは緊密な関係にあることになる。しかし、しばしば指摘するように「代理なる法理行為」は、〈代理「行為システム」〉を用いての行動

様式として規律する必要のあることから、ABCは等間隔において位置づけるべきであり、私見の立場からは受け入れることのできない見解である。

このことから、本人の「代理許諾意思表示」「外」＝代理権限「外」表見代理は、Bが作出して表示した越権代理事項はAの「代理許諾意思表示」＝代理権限の表示とはみることができないが、AがBに「何らかの」「代理許諾意思表示」＝代理権限を授与していることによって、Bの越権代理事項の表示という「信認欠如代理行為」に「表示原因関与」していることに注目して、Cに生ずる代理リスクの配分を「法定」するものと構成すべきである。この意味では、「効果意思」規範に基づく「第一規律課題」次元での規律の問題ではなく、そこでの規律によって生ずるリスク配分のための「第二規律課題」次元における規律であることに留意すべきである。このことは、本人の「代理許諾」表示＝代理権表示表見代理の場合と同様であるが、本人の「代理許諾」表示＝代理権表示表見代理では、A自らが「代理許諾意思表示」＝代理権限授与の表示を作出しているのに対して、本人の「代理許諾意思表示」「外」＝代理権限「外」表見代理ではBが作出した越権代理事項表示の原因に関与しているにすぎないとの違いに留意することが必要である。この点は、リスク配分準則を決めるに当たって、Cの「正当事由」の態様との相関において配慮すべきであり、両者間に差異の生ずることは否めないところである。

注

- (1) 高橋・前掲書二五一頁以下、特に二六九頁以下、木村・前掲八五頁以下、九二頁。
- (2) 高橋・前掲書二四八頁。
- (3) 高橋・前掲書二四九頁。
- (4) 高橋・前掲書二四七頁。
- (5) 佐久間・前掲書二四四頁。

- (6) 佐久間・前掲書二一五頁。
- (7) 林脇・前掲(法学研究四八卷二号)一二七頁。
- (8) 安永・前掲(現代私法学の課題と展望(中))五四頁以下、五九頁。
- (9) 佐久間・前掲書二四六頁。
- (10) 佐久間・前掲書二四三頁。
- (11) 佐久間・前掲書二四三頁。
- (12) 佐久間・前掲書二四四頁。
- (13) 梅・前掲書二五六頁、富井・前掲書五一五頁。同旨、浜上・前掲(阪大法学五九・六〇合併号)六六頁。
- (14) この点の詳細な検討は、佐久間・前掲書一八〇頁以下、とくに一八二頁参照。
- (15) 川井健「基本代理権の存否と一一〇条の表見代理」柚木馨編 判例演習民法総則一七八頁以下(昭和三八年・有斐閣)、星野英一・民法概論一二二六頁(昭和四六年・良書普及会)。
- (16) 安永・前掲(課題と展望)五四頁。
- (17) 我妻・前掲書三六二―三六三頁。
- (18) 高橋・前掲書二六七頁。
- (19) 中山克己「ドイツ法における△三角▽について―リース取引を中心に」法律時報八〇卷一一号八九頁参照。

(iii) 原因となった本人の「代理許諾意思表示」Ⅱ「権限」

民法(債権法)改正検討委員会案では「代理人が本人から与えられた権限外の行為をした場合」を前提要件とする。私見としても、Bの越権代理事項表示の原因となったAの「代理許諾意思表示」の存在を要素とするものである。この点は、現行一一〇条表見代理が「代理人がその権限外の行為をした場合」とするのと異なるところはない。従来、「基本権限」として議論されてきたものである。ところで、この「基本権限」要素については、「基本権限」要素を必要とするのは何故かと、「基本権限」とは何か、が問題となる。そして、一一〇条表見代理に係わっては後者の問題がやか

ましく議論されてきたが、表見代理規律の改正を考えるに当たっては前者の検討は不可欠であり、かつ前者の検討結果が後者の判断に影響するものと思われる。

①「基本権限」要素の位置づけ まず、前者に関してみると、表見代理有権代理構成によるときは、この「基本権限」の存在自体が外部授權のための要素となるものとみられるから、それとは別の「基本権限」を観念することは無意味ということになる。このことから、高橋教授は「基本権限」要素については、それを必要とする論証はみられないとして通説、判例を批判する一方、⁽¹⁾「取引の安全の徹底という理由とは異なる観点から、基本代理権という要件には固執しない」と⁽²⁾とされているが、それを観念すること自体必要ではないのではないだろうか。表示責任構成や表示責任意思表示準則類推構成では、Aが越権代理事項を表示しているものとみられることと自体を帰責の根拠とする点では共通する。かかる構成では、「基本権限」要素はBによる越権代理事項表示をAの表示と評価するに当たっての要素ということになりそうである。そうだとすると、佐久間教授がAの表示と評しうるかどうかは意思表示解釈に準じて、Cからみた規範的解釈により確定され、Cに正当事由のあるとき、当該越権代理事項を覆う本人からの代理權授与表示があつたことになるとみる、⁽³⁾とされていることとの関係づけが問われることになる。表見代理不法行為構成では「基本権限」の存在それ自体が要素とされるものではなく、AはBに基本権限を「授与したこと」自体に注目して構成することになる。しかし、以上のような「基本権限」要素を重視する諸見解は、これを帰責要素と位置づけるものであり、その妥当でないことは前述したところである。そこで、これに対して、通説、判例は、「基本権限」要素をCの保護に偏ることを避けるための調整要素にすぎないとみる。⁽⁴⁾そこで、このような、利益考慮を前面化する議論については、高橋教授は、理論を放棄したものであるとして痛烈に批判し、⁽⁵⁾佐久間教授は相当の説得力をもつと評される。⁽⁶⁾しかし、これらは表見代理を「効果意思」規範に基礎とする「第一規律課題」次元で規律すべきであるとの立場

からの批判であるにすぎない。表見代理を「第二規律課題」次元におけるリスク配分のための規律であるとの立場からすると、「基本権限」要素を、このような調整要素とみることは妥当なものである。ただ、それを、本人の「代理許諾」表示¹¹代理権表示表見代理にあつては、Bの「信認欠如代理行為」にAが「表示原因関与」をしている場合のリスク配分規律と構成すべきであることから、副次的な調整要素と位置づけるべきではなく、これを主軸要素としてリスク配分準則を組み立てるのが妥当と思われる。

②「基本権限」とは何か つぎに、ここでの「基本権限」とは何かについては、一一〇条表見代理に関連して、判例⁽⁷⁾と、かつての通説はAのBに対する法律行為を行うための代理権限（基本代理権）を意味し、事実行為を代わつて行う権限は該当しないとする⁽⁸⁾。これに対して、近時の学説の多数は代理権に限らず、対外的に重要な行為をする権限であれば足りるとする⁽⁹⁾。民法（債権法）改正検討委員会案も、この学説の多数に従い「権限」は代理権に限られないという考え方を基礎とする。それは、本人が法律行為をする権限を与えたかどうかは、本人が外観の作出に関与した程度と必ずしも対応していない。本人の帰責性を判断するためには、端的に、濫用されるおそれのある権限、つまり対外的に重要な行為をする権限を与えたかどうかを問題にすべきであると考えるからだとしている⁽¹⁰⁾。審議会では、事実行為を含めることについては、それほど異論はないとの発言がみられる程度である⁽¹¹⁾。しかし、民法（債権法）改正検討委員会案のように「基本権限」を本人の帰責性を判断するための要素となるものであれば、佐久間教授が言われるように、本人の帰責要件として基本代理権の存在が必要と帰結しないのかどうか疑問である。すなわち「法律行為の委任と事実行為の委託とでは『信賴の質』が違う」「法律行為を委任する場合、本人は代理行為者で、自己の法律関係の新たな形成を委ねるほどに信賴している」、これに対して、重大な事実行為を委ねても「自己の権利義務に變動を生じさせることまでは任せない程度の信賴でしかない」「基本代理権の存在が、代理行為者を通じて自己の私法法律関係

の新たな形成を行うための表示をなす意識が本人にあることを、示してからである⁽¹²⁾として、それが代理権であつて初めて本人の帰責を根拠づけられるとすることと齟齬しないかである。さらには、民法（債権法）改正検討委員会案では、表見代理は、基本的には本人の表示の責任として意思表示準則によつて規律するのが妥当とすることからすると、かかる佐久間教授の見解との齟齬は軽視できない論理的矛盾ということにならう。たしかに、「基本権限」をリスク分配準則を決めるにあつたのの主軸との見地からすると、重大な事実行為の代行権限をも含めることによって、本人の代理許諾意思表示「外」＝代理権限「外」表見代理の成立は容易なものとなり、Cのリスク回避は大幅に可能になる。しかし、代理リスクの分配規律において、Aの「表示原因関与」を事実行為の代行権限を与えたにすぎない場合にまで拡張し、法律行為「外」の要因を加味してリスク配分準則を定めてよいか疑問である。このことから、AがBに、法律行為につき「代理許諾意思表示」＝代理権限授与をしている場合に限定し、その限りでAにリスクを負担させるものと規律するのが妥当と思われる。

注

- (1) 高橋・前掲書一八六頁、同旨、佐久間・前掲書一八二頁。
- (2) 高橋・前掲書二八二頁。
- (3) 佐久間・前掲書二四三頁。
- (4) 川井・前掲（柚木馨編・判例演習民法総則）一七八頁以下、星野・前掲書二二六頁。
- (5) 高橋・前掲書二五一頁以下。
- (6) 佐久間・前掲書一八七頁。
- (7) 最判昭和三五・二・一九民集一四卷二号二五〇頁。
- (8) 於保編・前掲書一三三頁（椿）。
- (9) 幾代・前掲書三八一頁、四宮・前掲書二六二頁、内田・前掲書一九五頁、安永「表見代理をめぐる問題」争点七八頁など。

- (10) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲書二六八頁、二七三頁。
- (11) 前掲、第一三回議事録八頁（岡委員）。
- (12) 佐久間・前掲書二二四頁。

(iv) 相手方の「正当理由」

民法（債権法）改正検討委員会案は、現行一一〇条表見代理と同様に、相手方に代理人に代理権があると信じたことに「正当理由」のあることも要素とする。そこで、この「正当事由」要素についても、「基本権限」要素の場合と同様に、何故必要なのかと、「正当事由」とは何か、が問題となる。

①相手方の「正当理由」の位置づけ まず、表見代理有権代理構成を主張する高橋教授は、正当事由は本人の帰責性を根拠づけるものであるとする。すなわち「当該の代理行為については、たんに代理権の外観ではなく真実の代理権が授与されており、『正当理由』は、このような代理行為と本人の意思とのつながり、本人の帰責事由の存在を意味するとする⁽¹⁾。そこで、佐久間教授は、これは、一般的な見解が一一〇条における本人側の帰責要件としている基本代理権を不要なものとしつつ、もう一つの要件たる正当事由を本人側の帰責事由と解し、この正当事由の存在をもって代理行為は有権代理行為になるとするものと捉えていると指摘する⁽²⁾。このことから、高橋教授は、正当理由要素は、悪意者や有過失者を排除することから本人の意思に対する不当な干渉を避けるという役割も果たすものとみる⁽³⁾。しかし、CがB作出表示をAの表示と信頼したことに「正当事由」があるというだけで、Aが効果意思に基づいて代理権を授与した（有権代理）ことになりAが責任を負うことになるのか疑問である。この場合も、Aの代理権授与の効果意思欠缺は治癒されるものではない。また、本人の表示に帰責性を求める諸見解では、相手方の「正当理由」要素は、どれほどの意味をもつのである。意思表示準則適用構成に立つ佐久間教授は、意思表示の表示価値確定に係わる要

素とみる。すなわち、B作出越権表示について、Cは越権行為を覆う代理権が授与されたと意味づけ、Aの付与した意味とCの付与した意味とが食い違い、そのいずれに正当理由があるかが問われる場合に、Cによる意味付与の正当性の判断要素になるとみる。⁽⁴⁾それは、Aの表示帰責を画定するための要素と位置づけるものと推察される。これらに對して、起草者は、一一〇条を第三者保護のための特別規定と解し、正当理由は相手方が保護されるための要件としている。⁽⁵⁾判例及び従来の通説は一一〇条につき「基本権限」と「正当事由」の二要件構造を維持し、後者を相手方の保護要件を指すとしている。⁽⁶⁾しかし、表見代理規律をCの保護法理として規律することの妥当でないことは前述したことから、「正当事由」要素を、このように位置づけることは妥当とはいえない。高森教授は、正当理由を利益衡量論的に説明するのが近時の学説の傾向であると指摘する。⁽⁸⁾表見代理を、〈代理「行為システム」〉の安心安全の維持の見地から規律するのが妥当とする見地からすると、Bによつて惹起された「信認欠如代理行為」によるリスクの配分準則を画定するに当たり、Aにどのような場合にリスクを負担させ、Cにどのような場合にリスクを負担させるかの見地に立つことが必要である。「正当理由」は、このためのC側の考慮要素として位置づけるべきである。

②「正当理由」の判定標準

どのような場合に「正当理由」があったと判定するのかの基準については、従来からさまざまな見解がみられる。⁽⁹⁾佐久間教授によれば、起草者にも、梅博士は相手方の善意無過失を意味するとしていたのに対し、富井博士は「単に善意」では足りないとし微妙な違いがあるとみる。⁽¹¹⁾また、判例と従来の通説は（善意）無過失と解し、無過失を判断する際、事情の客観的判断を一般人の立場から行うものと、具体的相手方の立場から行うものがあるとする。⁽¹²⁾さらに、今日では、判例は表向き二要件構造を維持しながら、実際には正当理由の中で本人側の事情も考慮しているとの認識が一般化し、⁽¹⁴⁾最近の学説では、このような認識が広まるに従い二要件構造を維持する見解が少なくなり諸事情の総合的判

断に立つて、判例のこの実質的判断態度を支持する見解が有力化したとみる。⁽¹⁵⁾その上で、これらの諸見解では、意思表示解釈や意思欠缺による錯誤という意思表示準則の問題に収斂されると指摘する。⁽¹⁷⁾また、もつとも、高森(八) Ⅱ高森(哉)教授が「本人に代理権の有無・範囲について問い合わせをすることが全く不要と感じさせるほどの客観的事実があり」それゆえに「代理権の存在を信じた」ことが正当理由のあることと定式化すべきであると提言するが、意思表示論での対立と全面的に対応しているとまではいえず、⁽¹⁸⁾この定式は基礎づけに欠けるもので、それほど重大視するには及ばないとして、⁽¹⁹⁾意思表示準則の問題に収斂されることには変わりないと主張する。

民法(債権法)改正検討委員会案は、このような判例、学説の状況を受けて、一一〇条文言を維持しつつ、判例は善意無過失としながら諸事情を考慮していること、通説は相手方の善意無過失説に立っているが、「本人側の事情を含める」総合判断説が有力になっていることから、正当な理由は、双方の事情を考慮することにより、相手方を保護し、本人に責任を課すべきかどうかを総合的に判断するとの立場に立つことを提案する。⁽²⁰⁾そして、判例が考慮している事情を基礎に、そこで考慮すべき事情を列挙明文化「1.5.36(「1.4」)」、これらの事情等を考慮して正当な理由を判断するものとする。その一方で、「基本権限からの逸脱の程度」事情の明文化は、このような事情がどのように考慮されるかは必ずしも明らかでないとして除外する。⁽²¹⁾このことについて、審議会では、善意無過失より総合判断説的な理解が説得力があるとか、⁽²²⁾正当理由の考慮要素を明文化するのは分かりやすいとする積極的意見がある一方で、逆に明文化されるとそのことについて調査・確認する必要があると誤解されて萎縮効果の生ずる点は考慮する必要があるとの意見がみられる。⁽²⁴⁾

しかし、正当理由についての、このような判例、学説の動向及び立法提案は、「基本権限」をAの帰責要素とし「正当理由」をCの保護要素としながら、実質的には両要素を表現代理成立を判断するにあたっての一つの要素と位置づ

け、その要素内でAの「表示原因関与」態様とCの態様を相関的にみて判断するという思考に基づくもののなにもでもない。そして、かかる思考に帰結せざるを得なかったのは、表見代理をAの帰責性の問題として規律する思考が強まったことに起因するものと思われる。そして、仮に、このような思考に立つてみると、Aの「表示原因関与」態様とCの態様の相関関係はさまざまであり、これを類型化して明文化することは非常に困難であることが想定される。とくに、そこでは、「基本権限からの逸脱の程度」態様を抜きにしては正当な判断基準を明文化することはできないであろう。この意味では、民法（債権法）改正検討委員会案は基本的に再考することが求められよう。

これに対して、表見代理は、「第二規律課題」次元での〈代理「行為システム」〉の安心安全の維持のための規律であるとの立場からすると、〈代理「行為システム」〉を利用することによるAとCとの受益状況を考慮した上で、〈代理「行為システム」〉の安心安全の維持のため、Aが「表示原因関与」をしている場合にCがどのような態様にあれば、Aにリスクを負担させるのが妥当かの問題として判断すればよいことになる。このこめ、「正当理由」とされてきた要素は、帰責要素でも、保護要素でもなく、〈代理「行為システム」〉の安心安全維持のためのリスク分配を判断するに当たつてのC側の要素にすぎないわけである。このような観点に立つてみると、Cは、B作出越権表示につきBが作出した表示であることにつき「不知」であること、かつAがB作出越権表示につき原因となる「代理許諾意思表示」＝代理権付与をしたという「表示原因関与」であるにすぎないことからCの「不知」は「重大な不注意による不知でない（無重過失不知でない）」場合にAにリスクを分配するのが妥当と思われる。このことから、「相当理由」という曖昧な表現ではなく、CがBの表示を信じたことにつき「『不知』か『軽過失不知』」の場合にAがリスクを負担するものと明文するのが妥当といえる。

注

- (1) 高橋・前掲書二四八頁。
- (2) 佐久間・前掲書一九五頁。
- (3) 高橋・前掲書二四九頁。
- (4) 佐久間・前掲書二二七頁。
- (5) 富井・前掲書五一四頁、梅・前掲書二五六頁。
- (6) 佐久間・前掲書二〇五頁参照。
- (7) 川島・前掲書三七六頁、幾代・前掲書三八五頁。
- (8) 高森八四郎『高森哉子・表見代理理論の再構成三六頁(平成二年・法律文化社)。
- (9) 「正当理由」について詳細に検討したものととして、高森(八)『高森(哉)・前掲書三七頁以下、佐久間・前掲書一九一頁以下参照。
- (10) 梅・前掲書二五六頁。
- (11) 富井・前掲書五一四頁以下。
- (12) 佐久間・前掲書一九二頁。
- (13) 佐久間・前掲書一九三頁、二〇五頁。
- (14) 佐久間・前掲書二〇六頁。
- (15) 川島・前掲書三七六頁、幾代・前掲書三八四頁以下、四宮・前掲書二六六頁、内田・前掲書一九四頁など。
- (16) 佐久間・前掲書一九四頁、二〇六頁以下。
- (17) 佐久間・前掲書二〇九頁。
- (18) 佐久間・前掲書二〇八、二〇九頁。
- (19) 佐久間・前掲書二〇〇頁注(59)。
- (20) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲書二七四頁。
- (21) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲書二七五頁。
- (22) 前掲、第一三回議事録八頁(高須幹事)。

(23) 前掲、第一三回議事録八頁（岡委員、奈須野関係官）。

(24) 前掲、第一三回議事録八頁（奈須野関係官）。

(v) 「権限外行為の表見代理」規律と転得者等

現行民法一一〇条は、「第三者」が代理人に権限があると信すべき正当な理由があるときと規定していることから、相手方（C）に限らずその他の転得者等の第三者（Dなど）との関係でも、Aは「権限外行為の表見代理」責任を負うこともあると解する見解がみられる。⁽¹⁾これに対して、判例および通説は表見代理という「第三者」とは、代理行為の直接の相手方を意味し、転得者等の第三者は含まないと解している。民法（債権法）改正検討委員会案でも、このような判例、通説に従って「相手方」に限る旨を明文化することを提案している。⁽²⁾その提案は、その結論においては妥当といえるが、そのためには単なる文言の解釈によるのではなく、表見代理規律の改正立法化に当って転得者等の第三者をも含めた規律とする必要がないのかどうかの観点から検討すべき課題と思われる。かかる観点に立つてみると、表見代理規律は、「代理」「行為システム」を用いて行為することにA・B・C三者間の「信認関係」崩壊によって生じたリスクを、当該三者間にどのように配分するかという「第一規律課題」次元での規律の補足的規律であることから、当該三者間の規律にとどめるのが妥当と思われる。転得者等の第三者との関係は「第一規律課題」次元の規律に委ねるべきである。このことから、「権限外行為の表見代理」が成立しない場合は、A・C間では当事者効果が発祥帰属することはないことから、Cからの転得者等の第三者は善意取得や九四条二項類推適用法理などの一般法理に委ねられることになる。なお、Cに関して「権限外行為の表見代理」が成立する場合については、民法（債権法）改正検討委員会案ではCが保護されることからDなども保護されてよいとする。⁽⁵⁾しかし、私見では、Cは「信賴利益」の範囲でAにリスク転換できるにすぎないとするのが妥当として、Cからの転得者等の第三者との関係は

「権限外行為の表見代理」が成立しない場合と同様とみてよいことになる。このことによって、Cについて「権限外行為の表見代理」が成立するかしないかで転得者等の第三者の法律関係が異なるということも解消されよう。

注

- (1) 穂積重遠・改訂民法総則三八三頁（昭和五年・日本評論社）、同旨、石本雅男・現行民法総論三一六頁（昭和三十七年・法律文社）、有泉亨「判例評釈」判例民法昭和一年度一五九頁（昭和十一年・有斐閣）。
- (2) 最判昭和三八・一二・一二民集一五卷一五号二七五六頁。
- (3) 我妻・前掲書三七〇頁、於保編・前掲書（注釈民法（4）一四四頁（椿）など。
- (4) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲書二六九頁。
- (5) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲書二六九頁。

(7) 本人の「代理許諾意思表示」 代理権消滅後の表見代理規律

(i) 序

AはBに当初は「代理許諾意思表示」 代理権授与をしていたが、BがCに、当該「代理許諾意思表示」 代理権の消滅後も存続しているものとして「代理行為意思表示」を行い、Cが「代理承認意思表示」をした場合、その時点では、Aの「代理許諾意思表示」 代理権は存在しないことから、A・C間に当事者効果が発祥帰属することはない。ただ、AがBに当初に「代理許諾意思表示」 代理権授与をしていたことに注目して、Aに代理リスクを転換することを考える余地はある。

現行民法一一二条は、AはCが善意かつ無過失であつたときは代理権の消滅を對抗できないとする。そして、起草者によれば、この規定は、代理権はその消滅原因により消滅するが、その事実を知らなかった第三者がそのために不測の損害を被ることになり取引の安全を妨げられるのを防ぐためのものであると説明する。⁽¹⁾そこで、この規定の文言に従ってみると、代理権は存続していたことになり有権代理としてA・C間に当事者効果が発祥帰属するかのよう⁽¹⁾に解される。これに対し、民法（債権法）改正検討委員会案では、この規定は、一〇九条および一一〇条とともに、表見代理に関する規定として理解するのが一般的であることから、まず①表見代理に関する規定であることを明確化するため代理権授与の表示による表見代理[1.5.35]および権限外の行為の表見代理[1.5.36]と同様の効果に関する定式に改めること、②Cは過去において代理権が存在していたことを知っていたが行為の時点で代理権が存在しないことを知らなかったことの要件を明示すること、③当初の代理権の範囲を超えた行為には「1.5.36」と重ねて適用することを明文化することを提案する。⁽²⁾これらの提案は、従来も議論されてきたことに係わるものであり、これらの諸点を中心に規律デッサンを試みる。

注

(1) 富井・前掲書五一九頁、梅・前掲書二五三頁。

(2) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲書二七五頁以下。

(ii) 本人の「代理許諾意思表示」消滅後の表見代理の特徴

本人の「代理許諾意思表示」消滅後の表見代理規律も、A・B・C三者が〈代理「行為システム」〉を用いて行う行動様式において内包する一つの行為現象にかかるものである。このような行為現象の場合には、B・C間行為の当時、Aの「代理許諾意思表示」＝代理権が存在しないことから「効果意思」規範に基づく「第一規律課題」次元ではA・C

間に当事者効果の発祥帰属を認めることはできない。ただ、Aは、このような行為現象に「当初」は「代理許諾意思表示」＝代理権授与をしていたという「当初表示関与」がみられる。それは、代理権授与の表示の表見代理のような「自己表示関与」や、代理権外の行為の表見代理のような「表示原因関与」とは異なる特徴をもつものではあるが、Bの表示に「何らかの関与」をしている場合には、Aに代理リスクを転嫁するのが妥当とする点では同様にみてよい。

かかる観点に立つてみると、まず、一二条の文言通りに善意無過失のCに対しては代理権の消滅は対抗できないことから代理権が存続する、あるいは存続すると擬制する見解⁽¹⁾については、有権代理と同様の当事者効果まで発祥帰属すると規律してよいか疑問である。とくに、大西博士は、「代理権消滅原因が発生するときは、厳正なる理論を一貫すれば代理関係は絶対的に終了する」、「しかしながら、それでは消滅原因発生の事実を知らざる第三者にとっては余りにも苛酷である」、「そこで、代理制度が未だ完全に発達していなかったローマ法においても第三者を救済すべき方法の痕跡がみられるが、かかる時代より遙かに発展したる取引の需要に適応せんとすれば、それを一般的法律行為にも拡張し、近世における立法の多数の傾向と同様に、代理権の消滅は善意の第三者に対抗することを得ずと規定したもの⁽²⁾と承認しなければならない」とされるわけであるが、第三者にそこまで過度の救済を与えなければならないものか疑問である。今日における代理規律では〈代理「行為システム」〉の安心安全の維持の観点に立つての代理リスクの適正配分のための規律で十分ではないかと思われる。また、表見代理有権代理構成の立場から、外部的代理権授与がなされている場合、第三者が善意無過失ならば内部的授権が消滅しても外部的授権の撤回されるまでは代理権は存続するとの見解⁽³⁾、代理権の授与は本質的に第三者との関係に向けられた本人の意思の表明であるから、本人との関係では権限外であっても、なお代理権の範囲内の行為として本人に効果が帰属するのが表見代理であるとするドイツ民法典の諸規定の基本的構造と同様に、一二条は内部関係の終了にもかかわらず代理権の消滅を第三者に対抗しえない

代理の関係を規定するとの見解について⁽⁴⁾も、外部的授權と内部的授權の使い分け自体に疑問があるとともに、代理権存続説と同様に当事者効果が発祥帰属するものとして規律するのは過剰ではないかと思われる。さらに、司法研修所民事裁判教官室では、「一二二条は、当該法律行為についていったんは代理権が発生したのであるが、その代理権の消滅原因があるのに、消滅の効果が生じないことになる場合について定めたものであり、両者（一〇九条・一一〇条）は、その性質を異にする」とみる。⁽⁵⁾そのことによる主張立証責任の違いについては、ここでは留保するものの、実体法上は九四条二項など善意者保護の規定一般に通じるものとみているようである。⁽⁶⁾しかし、二者間法律行為を前提とした善意の相手方の保護や第三者保護の法理に係わる規律とみることは妥当でない。意思表示準則適用構成の立場から、一〇九・一一〇では本人が表示意識ないし行為意識をもっていたことが必要であるのと同様に、「本人が、代理行為者に過去に代理権を与えたことにより、問題の無権代理行為に関しても代理権ありとの信頼を相手方に惹起したこと」⁽⁷⁾、「本人は、資格存続を認めるこの表示を否定しなかったこと」⁽⁸⁾をAの帰責根拠として構成すべきであるとする。かかる構成も、度々、指摘したように、基本的にはAC二者間意思表示の問題として規律しようとするものであつて妥当とはいえない。また、「Aが過去に代理権を与えた」事実だけではなく「代理権ありとの信頼をCに惹起した」とが必要であるとする、Aが前者と後者との間に因果関係のないことを主張立証すれば免責されることもあると構成することになるのかという疑問も残る。このことから、一般的な見解は、本人が代理行為者に過去に代理権を与えたことがあるという事実、佐久間教授が指摘するように、これだけで、なぜ帰責根拠になるかは説明されていない。⁽⁹⁾ただ、私見のように、表見代理規律は、Bが「信認欠如代理行為」をしたことからCに生ずる代理リスクを（代理「行為システム」の安心安全の維持の観点から、AとCのいずれに配分すべきかについて「第二規律課題」次元に

において規律するものであるとの立場からすると、Aが従前に「代理許諾意思表示」⇨代理権授与をしていた事実があれば、Bの表示あるいはCの信頼を惹起したこととの因果関係の有無を問題にすることなくリスク配分のための準則となりうるのではないかと思われる。このことから、本人の「代理許諾意思表示」⇨代理権消滅後の表見代理は、AがBに従前に「代理許諾意思表示」⇨代理権授与をしていたことによりBの「信認欠如代理行為」に「当初表示関与」をしていることに注目して、Cに生ずる代理リスクの配分を「法定」するものと構成するのが妥当と思われる。

注

- (1) 大西耕三・代理の研究三五一頁以下（大正八年・弘文堂書房）、川名兼四郎・日本民法総論二四一頁（大正五年・金刺芳流堂）、曄道文芸・日本民法要論四七四頁（大正九年・弘文堂書房）。
- (2) 大西・前掲書三五一頁以下。
- (3) 木村・前掲八八頁以下、九二頁。
- (4) 高橋・前掲書三二三～三三四頁。
- (5) 司法研修所民事裁判教官室・増補民事訴訟における要件事実第一卷八七頁（平成元年・法曹会）。
- (6) 佐久間・前掲書二六二～二六三頁。拙稿「大学における民法学習と法曹実務家としての民法学習」司法研修所論集七八号七八頁。
- (7) 佐久間・前掲書二七一頁。
- (8) 佐久間・前掲書二七二頁。
- (9) 佐久間・前掲書二七一頁。

(iii) 相手方の態様

現行民法一二二条に係わつては、相手方は「善意」であることを必要とする点では異論はない。ただ、この「善意」の対象については、判例は当初、相手方が代理権の消滅前に代理人と取引したことがあるなど、その代理権が依然と

して存在すると信じて取引をなす事情がある場合に限るとしていた。⁽¹⁾その後、判例は、取引したことがあることを要するものではなく、そのような事実は、相手方の善意無過失の認定のための一資料にとどまるとした。⁽²⁾学説は、代理権の消滅を知らなかったこととする見解、代理権の存続を信じたこととする見解、⁽³⁾代理権の存在を信じたことでのよいとする見解、⁽⁵⁾がみられるなかで、近時は、一二条は、代理権が存続していることを前提としていたのに、代理権が消滅していたことによって思わぬ不利益をこうむるのを防ぐ制度であるから、相手方が過去において代理権が存在していたことを知っていたことを前提として、その代理権の消滅を知らなかったことが必要であるとして、当初判例と同様に解する見解が有力に主張されている。⁽⁶⁾なお、高橋教授も、その法的構成は異なるものの「対内関係の終了にもかかわらず代理権の消滅を第三者に対抗しえない代理の関係が発生するためには、第三者が当該代理人と以前に取引をした事情がなければならない」とされている。⁽⁷⁾

法制審民法部会提案でも「過去において代理権が存在していたことを知っており、その代理権の消滅を知らなかったことを必要」としてはと提案している。⁽⁸⁾民法（債権法）改正検討委員会案では「その代理権があるものとしてその代理権の範囲内の行為をした場合・消滅したことを相手方が知らなかったとき」と明文化することを提案している[1537(1)]。審議会でも、判例とは異なるが、同旨の内容で条文化するのが妥当との見解が多い。⁽⁹⁾

私見のような法的構成による規律においても、代理権の存在を信じたにすぎない場合は、本人の「代理許諾」≡代理権授与の表示の表見代理や「代理許諾意思表示」外≡代理権外の表見代理の場合とは区別することはできず独自の存在意義はないことになる。⁽¹⁰⁾そこで、本人の「代理許諾意思表示」消滅後の表見代理は、これらの表見代理類型と異なり、Aが従前に行った「代理許諾意思表示」≡代理権授与に基づいたBと代理行為をした経験のあるCに生ずるリスクの分配規律であることを明確にするためには、「過去において代理権が存在していたことを知っていた」とか「その

代理権があるものとして」とかの曖昧な文言ではなく、Cが「当該Bと以前に代理行為を経験していたこと（取引経歴存在）」を前提として、「その『代理許諾意思表示』」代理権が消滅したことを知らなかったこと（『代理許諾意思表示』「代理権消滅不知」）とするのが妥当である。⁽¹¹⁾そして、この場合でも、Aが、いったん代理権を授与すると、代理権消滅後も表見代理を主張されてリスク転嫁される危険が残る可能性がある。⁽¹²⁾これでは、（代理「行為システム」）を用いての行為を阻害することになりかねない。このことを考慮すると、Cの「代理許諾意思表示」「代理権消滅不知」は「軽過失で知らなかった（軽過失不知）の場合」に限るべきであり、「重過失で知らなかった（重過失不知）の場合」にはAにリスクを転嫁できないものとするのが妥当と思われる。

注

- (1) 大判昭和八・一一・二二民集一二卷七五六頁。
- (2) 最判昭和四四・七・二五判例時報五七四号二六頁。
- (3) 富井・前掲書五一九頁、鳩山秀夫・法律行為乃至時効三三九頁（昭和一年・巖松堂書店）。
- (4) 我妻・前掲書三七五頁、舟橋諄一・民法総則一四二頁（昭和二年・弘文堂）。
- (5) 川島・前掲書三九二頁、幾代・前掲書三九四頁以下、同旨、四宮・前掲書二六九頁。
- (6) 佐久間・前掲書二七六頁。
- (7) 高橋・前掲書三一四頁。
- (8) 前掲、部会資料一三―二・一〇六頁。
- (9) 前掲、第一三回議事録九頁以下（三山本（敬）幹事、松本委員、高須幹事）。
- (10) 同旨、佐久間・前掲書二七〇―二七一頁。
- (11) 同旨、高橋教授は、全く偶然から代理権の存在を知った第三者にまで表見代理主張の可能性を認めるならば、その範囲は無限に拡大され代理制度は極めて危険なものとなるとされている（高橋・前掲書三一五頁）。
- (12) 高橋・前掲書三一五頁、佐久間・前掲書二六九頁。

(iv) 当初代理権の範囲を超えた代理権消滅後の表見代理

AはBに当初は「代理許諾意思表示」＝代理権授与をしていたが、当該「代理許諾意思表示」＝代理権の消滅後に、BがCに、当初の「代理許諾意思表示」＝代理権の範囲を超えた部分についても代理権は存続しているものとして「代理行為意思表示」を行い、Cが「代理承諾意思表示」をした場合については、判例は、民法一一二条と一一〇条とを重畳適用することにより、Cに権限があると信すべき正当な理由があれば、Aに表見代理責任が認められるとしている⁽¹⁾。また、学説にも異論はない。そこで、法制審民法部会提案も、このような判例法理や学説に沿って条文上明確にすることを提案している（部会資料一三・二・一〇六頁）。民法（債権法）改正委員会案は、相手方が代理権の消滅につき「無過失不知」であったことと、[1.5.36]〈ア〉ないし〈オ〉に掲げた事情を考慮して代理権があると信すべき正当な理由があるときは、本人は効果不帰属を主張できないと明文することを提案している（[1.5.37]〈1〉）。

このような場合のAの関与は、「代理許諾意思表示」＝代理権消滅後の表見代理の場合とは基本的には異なるものではないことから、表見代理を認めてよい。ただ、立法化に当たって「代理許諾意思表示」＝代理権「外の表見代理との重畳適用としなければならないかである。表見代理は、私見のように、Aの帰責とCの態様の相関関係に注目するわけではなく、Bによって惹起された「信認欠如代理行為」へのAの関与とCの係わりに注目して、〈代理〉「行為システム」の安心安全の維持の見地から代理リスクを配分するための規律であるとするのが妥当との観点に立つてみると、この場合は、当初の「代理許諾意思表示」＝代理権の範囲を踰越していることからAの「当初表示関与」は薄くなり、その分だけCの態様を厳しくするものとして規律するだけで十分ではないかと思われる。具体的には、この場合のCの態様としては、当初の「代理許諾意思表示」＝代理権の消滅につき「無過失不知」の場合に限り、本人は効果不帰属を主張できないものとすることを提言する。

注

(1) 最判昭和三一・一一・二九民集一一卷二二号一九九四頁。

おわりに

本稿では、「代理」規律改正につき、その基本コンセプトを⁽¹⁾前提として、代理の主要な法律関係につきデッサンしてみた。「代理」規律改正私案ともいべきものである。その基本的方向は、「代理」行動様式を現代および将来の取引社会に対応するものとして規律するには、〈本人・代理人・相手方三者「代理システム」利用〉行動様式として規律する必要があることである。「代理」規律の現代法化にある。これに対して、民法（債権関係）改正に関連しての「代理」規律の改正論議の方向性は、本稿で指摘した基本的方向性と逆行するものであり、ここに、再考を求めて置きたい。

以上

注

(1) 拙稿『「代理」規律改正のための基本コンセプト—民法（債権関係）改正論議を契機として—』明大法科大学院論集九号二三
三頁以下参照。

（明治大学名誉教授）